DERECHO ADMINISTRATIVO

JEAN RIVERO





DERECHO ADMINISTRATIVO

JEAN RIVERO
Profesor de la Universidad de Derecho, de Economía
y de Ciencias Sociales de París

DERECHO ADMINISTRATIVO

Traducción de la
9ª Edición

Instituto de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Central de Venezuela

Caracas, 1984

K344.844
R622
Rivero, Jean
Derecho administrativo / Jean Rivero. — Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
592 p.; 24 cm.
Traducción de la 9ª edición.
Traducción de: Droit administratif.
Derecho administrativo - Francia.

Depósito legal

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LA OBRA

A.J.D.A. ou A.J. . .	Actualité Juridique, Droit administratif.
C. E.	Conseil d'État.
C. C.	Conseil Constitutionnel.
D.	Recueil Dalloz.
D. S.	Droit social.
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État.
Gr. Ar.	Long, Weil, Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.
J. C. P.	Juris-classeurs périodique.
Rev. Adm.	Revue administrative.
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique.
R.I.S.A.	Revue internationale des sciences administratives.
Rec.	Recueil Lebon.
S.	Recueil Sirey.
T.A.	Tribunal administratif (suivi du nom de la ville où siège le tribunal).
T.C.	Tribunal des Conflits.

PRESENTACION

Hace ya varios años, con motivo de una de las visitas que el profesor Jean Rivero hizo a Venezuela, le propuse formalmente, en nombre de nuestra Facultad, la publicación en español de su famosa obra Droit Administratif, *editada en la colección de los* Precis, *de la casa editorial* Dalloz. *La acogida entusiasta del profesor Rivero del proyecto, motivó el convenio suscrito entre la Facultad y la casa* Dalloz, *referente a la presente edición.*

La traducción se hizo con la participación de varios profesionales para lo cual partimos de una primera versión en español sobre la octava edición de la obra, elaborada por la licenciada Patricia Dávila de Briceño. Esa versión fue revisada y corregida una y otra vez, por las profesoras Isabel Boscán de Ruesta y Cecilia Sosa, y por el suscrito. Anteriormente, la licenciada Alicia Maura habia revisado también la versión inicial y tuvo a su cargo la traducción de base de los capítulos y partes nuevas, correspondientes a la novena edición.

La presente traducción, por tanto, corresponde a la novena edición de la obra del profesor Rivero. El año pasado salió en París la décima edición de la obra, con unos importantes agregados, sobre todo derivados de la política de descentralización del gobierno. Pensamos, de nuevo, actualizar la versión en español, pero ello hubiera retrazado aún más su aparición, la cual nos ha sido reclamada por muchos interesados en los últimos años.

A pesar de que no es frecuente la traducción al español de las obras de los autores franceses, lo cual más bien es excepcional, el derecho administrativo francés, como sabemos, ha tenido una enorme influencia en la configuración del derecho administrativo en América Latina. La traducción de este magnífico Manual, *que tanto ha orientado los estudios de muchos especialistas, sin duda, abre ahora la posibilidad de su utilización directa por alumnos y profesionales que no dominan la lengua francesa, y que así podrán sacar las enseñanzas necesarias, para el perfeccionamiento de nuestros propios sistemas.*

Sólo nos resta agradecer una vez más al profesor Rivero, a la casa editorial Dalloz y a nuestra Facultad, el haber apoyado lo que en su día fue una idea, ahora materializada en esta obra.

Ciudad Universitaria, abril, 1984.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Profesor de Derecho Administrativo
Director del Instituto de Derecho Público

INTRODUCCION GENERAL

SECCIÓN I. Definiciones

El derecho administrativo aparece, a primera vista, como la rama del derecho público que rige la administración. Pero esta fórmula aproximativa debe ser precisada; para ello, es indispensable definir la administración (§ 1), y analizar las relaciones entre la administración y el derecho (§ 2).

§ 1. La administración

1.— **Las acepciones corrientes del término.** En el lenguaje corriente, el término administración designa tanto una actividad —el hecho de administrar, es decir, de gestionar un asunto— como el órgano —o los órganos— que ejerce esta actividad. Se dice: "la sabia administración de tal empresa" y también "él entró en la administración de Hacienda".

En estos dos sentidos, de los cuales el primero es llamado "material", y el segundo "orgánico", el término se emplea, igualmente, tanto para los asuntos privados como para los asuntos públicos: uno de los órganos directores de las sociedades anónimas lleva el nombre de "Consejo de Administración".

Pero en un sentido más estricto —y también más corriente— es en referencia a la sola administración pública, que el término se utiliza. Cuando se habla en Francia de "la Administración", simplemente con mayúscula, se designa un conjunto de órganos por los cuales son conducidas y ejecutadas tareas públicas. En esta perspectiva, la administración es concebida, a la vez, como esencialmente diferente de la actividad de los particulares, y como distinta de algunas otras formas de la actividad pública: la legislación y el ejercicio de la justicia. Es en estas dos direcciones, en relación a la acción de los particulares y en relación a las otras actividades públicas, que se debe precisar el concepto de administración

2. — A. **La Administración y la acción de los particulares.** Como toda actividad humana, tanto la Administración como la de los particulares, persiguen una finalidad utilizando ciertos medios: pero, en estos dos terrenos, sus diferencias son evidentes.

3. — 1º **La finalidad de la administración: el interés público.**[1] Como ser social, el hombre no puede bastarse a sí mismo: el libre juego de las iniciativas privadas le permiten atender a algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios; pero existen otras, de las más esenciales, que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque, siendo comunes a todos los miembros de la colectividad, ellas excedan por su amplitud las posibilidades de cualquier particular —como la necesidad de seguridad nacional—, sea porque su satisfacción no permita, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla. Estas necesidades, a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio propio de la administración; es la esfera del *interés público.*

El motor normal de la acción de los particulares es la búsqueda de una ventaja personal: beneficio material, éxito humano, o, en los más desinteresados, lograr una conformidad de sus actos con un ideal. A menudo, hay coincidencia entre el propósito perseguido y el bien de todos. Pero la coincidencia no es estrictamente necesaria, y ella no podría ocultar el carácter personal de la empresa: el panadero asegura la satisfacción de la necesidad de pan, que es fundamental en la colectividad francesa, pero no es la preocupación desinteresada de alimentar a los necesitados, lo que motiva su vocación; es la intención —por cierto enteramente legítima— de ganar su vida vendiendo pan.

El motor de la acción administrativa, por el contrario, es esencialmente desinteresada: es la búsqueda del interés general, o de la utilidad pública, o en una perspectiva más filosófica, del bien común.

El interés general no es, pues, el interés de la Comunidad, considerada como una entidad distinta de aquellas que la com-

[1] J. Chevalier: "Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général", *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général,* T. I, 1978, p. 11.

ponen y superior a ellos; es, simplemente, un conjunto de necesidades humanas —aquellas a las cuales el juego de las libertades no atiende de manera adecuada, y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales—. La delimitación de lo que compete el interés general varía con las épocas, las estructuras sociales, los elementos psicológicos y las técnicas; pero si el contenido varía, la finalidad permanece igual: *la acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general.*[2]

4. — 2º **Los medios de la acción administrativa: el poder público.** A diferencia de finalidades corresponde una diferencia de medios. Las relaciones de los particulares están fundamentadas sobre la igualdad jurídica; ninguna voluntad privada es, por esencia, superior a otra, de tal manera que ella pueda imponérsele contra su voluntad; es por ello que el acto que caracteriza las relaciones privadas es el *contrato,* es decir, el acuerdo de voluntades. La administración, en cambio, debe satisfacer el interés general. Ella no lo podría hacer, si estuviera, con los particulares, en pie de igualdad: las voluntades de éstos, basadas en móviles puramente personales, harían fracasar su acción cada vez que la administración los pusiera en presencia de las dificultades y sacrificios que exige el interés general. La administración entonces, ha recibido el poder de vencer esas resistencias; sus decisiones obligan sin que tenga que obtener el consentimiento de los interesados, y ella puede, a pesar de su oposición lograr su ejecución. Bajo el nombre, bastante mal escogido, pero tradicional, de poder público, se debe entender este conjunto de prerrogativas acordadas a la administración para permitirle hacer prevalecer el interés general, cuando se halle en conflicto con los intereses particulares.

El recurso a estos procedimientos autoritarios no es siempre necesario; cuando, en la búsqueda del interés general, la voluntad de la administración concuerda con la de los particulares, ella puede utilizar la técnica del *contrato.* Pero la *decisión unilateral* permanece como el procedimiento más característico de la acción administrativa, y el más frecuente.

---

[2] J. Chevallier: "L'intérêt général dans l'administration française", *R.I.S.A.*, 1975, IV. p. 325: Truchet: *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence,* 1977.

5.— B. **La administración en el conjunto de las actividades públicas.** Nos situaremos primero bajo el punto de vista material, es decir, el punto de vista de la actividad administrativa, luego, bajo el punto de vista orgánico, es decir, el punto de vista de los órganos que asumen esta actividad.

1º *El punto de vista material.* La administración debe ser distinguida de la *legislación,* de la *jurisdicción,* y del *gobierno.*

a) Legislar es establecer las reglas generales que rigen en la comunidad nacional el conjunto de actividades, privadas o públicas; el legislador ha cumplido su obra cuando la regla es jurídicamente perfecta. La administración, en cambio, asegura una *gestión:* administrar, es cumplir la serie de actos que requiere, día a día, la búsqueda de un determinado fin. La acción administrativa es pues, al mismo tiempo, *continua* y *concreta,* dos características por las cuales se distinguen de la actividad legislativa.

b) *El juez* tiene por función aplicar el derecho a la solución de litigios; es decir, que no interviene sino en caso de instancia de partes, y que su rol se termina cuando él ha vinculado la regla aplicable al caso litigioso y enunciado las consecuencias resultantes en el caso concreto. La administración está, también, sometida al derecho (*cf.* § siguiente); pero, contrariamente al juez, ella actúa por su propio movimiento, fuera de toda instancia de parte. Por otra parte, el derecho constituye para ella un límite y no un fin; ella actúa en el marco del derecho, pero no solamente —como el juez —para hacer respetar el derecho: su fin es la satisfacción de las necesidades que ella ha tomado a cargo; esto exige, además del respeto al derecho, el sentido de la oportunidad y la competencia técnica.

c) Más difícil es trazar el límite entre *gobierno* y *administración.*[3] Sin duda, se percibe una diferencia: gobernar, es tomar las decisiones esenciales que comprometen el destino nacional: una declaración de guerra, un plan económico. La administración en cambio, es una tarea cotidiana la cual desciende hasta los actos más humildes: el recorrido del cartero, el gesto del agente que regula la circulación. Sin embargo, es muy difícil determinar la

[3] C. Debbasch: *L'administration au pouvoir,* 1969.

frontera entre los dos campos: el nombramiento de un alto funcionario tendrá un alcance gubernamental si marca un cambio de política, o tendrá una significación puramente administrativa. En la práctica, además, la acción gubernamental y la dirección de la actividad administrativa incumben a los mismos órganos, y conducen a actos de la misma naturaleza. La distinción no tiene, pues, un alcance jurídico, contrariamente a las estudiadas anteriormente.

6. — 2º **El punto de vista de los órganos.** La participación de diversos órganos públicos en la labor administrativa varía con los regímenes políticos. Una característica, sin embargo, permanece más o menos constante: la distinción entre *los órganos de preparación y de ejecución,* exclusivamente dedicados a la acción administrativa, compuestos generalmente por especialistas, quienes le consagran toda su existencia y los *órganos de dirección suprema* y de control, cuyos miembros acumulan sus funciones administrativas con otras actividades públicas; su estatuto y sus competencias son fijadas por la Constitución, y cambian con ella. En todos los regímenes, encontramos así, a la cabeza de la administración, autoridades que tienen un carácter constitucional y un origen político. Estas autoridades varían con cada régimen: por ejemplo, en los gobiernos de Asamblea, los órganos administrativos están prácticamente subordinados a la Asamblea, la cual ejerce por sí misma la dirección suprema de la administración. En los regímenes parlamentarios, basados en una separación matizada de los poderes, es el ejecutivo, y especialmente el gobierno quien está situado a la cabeza de la administración. El Parlamento juega, sin embargo, en la vida administrativa un rol esencial: su acción legislativa se extiende a las leyes propiamente administrativas, las cuales dan a la administración su estructura, sus fines y sus medios; su rol presupuestario le asegura el dominio de los créditos que ordenan cada año la acción administrativa; finalmente, el control que ejerce sobre el gobierno se extiende a la manera como éste conduce esta acción.

En cuanto al juez, éste interviene indirectamente en la administración, por la resolución de los litigios que ella suscita. En Francia, la existencia de una jurisdicción especializada en los litigios administrativos conduce a conferir, a esta acción del juez respecto de la administración, una influencia primordial.

Sea cual sea la importancia de la participación que le corresponda en el cumplimiento de las tareas administrativas al legislador y al juez, el rol esencial incumbe, en cuanto a la dirección, al gobierno, y en cuanto a la ejecución a la masa de instituciones permanentes que constituyen, en el sentido corriente de la palabra, la Administración a los *servicios públicos*. Se designa así, a los organismos que tienen por tarea buscar la satisfacción de diversas necesidades de la colectividad, aunque esta tarea pueda ser igualmente confiada a organismos privados investidos de una misión de servicio público.

7.— **Definición.** Como consecuencia de lo señalado anteriormente, la administración aparece pues, como la actividad por la cual las autoridades públicas procuran, utilizando en caso necesario, las prerrogativas del poder público, la satisfacción de necesidades de interés público.

§ 2. El derecho administrativo

En el parágrafo precedente, evocamos la existencia de un cierto vínculo entre la acción administrativa y el derecho; pero este vínculo no es ni necesario, ni constante. Se impone entonces precisar su naturaleza.

8. — A. **La administración puede no estar sometida al derecho.** Es difícil concebir, en una sociedad evolucionada, una administración totalmente *arbitraria*, en la cual, el buen deseo de los administradores no esté sometido a alguna regla de cualquier naturaleza.

Pero si la acción administrativa, con lo que ella implica de regularidad y de orden, parece necesitar la existencia *de una regla*, sin embargo, no es necesario que ella presente las características de la regla *jurídica*. La administración no está regida por el derecho cuando las reglas a las cuales ella obedece son puramente interiores, obligatorias para los funcionarios en relación con sus superiores, pero no en relación con los administrados. El desconocimiento de la regla puede, en este caso, provocar una sanción adoptada por el superior en contra del funcionario culpable de haber desconocido su autoridad e introducido el desorden en el aparato administrativo; pero el administrado a quien este desconocimiento

ha perjudicado no tiene razón para quejarse: la administración no ha querido vincularse en este caso al administrado y guarda respecto de éste una completa libertad. Por otra parte, la regla que ella se ha dado no es normalmente conocida fuera del círculo de los administradores: ella no está sujeta a ninguna publicidad.

Tal esquema no es de ninguna manera teórico; él corresponde a lo que se llama el *Estado de Policía,* en el cual la administración está sometida a una "policía", es decir, a una reglamentación, pero sin valor jurídico; tal era la administración del siglo XVIII, bajo el imperio del despotismo ilustrado. Aún hoy en día, estas reglamentaciones internas de las cuales los particulares, incluso si las conocen, no pueden prevalerse, juegan, en la vida administrativa, bajo forma de circulares, de instrucciones de servicio o de directivas, un rol considerable, que tiende a crecer, particularmente, en los sectores nuevos de la acción de la administración. Esta, en efecto, resiente siempre como un constreñimiento la sujeción a la regla de derecho y busca, de buena gana, eludirla, guardando, sin embargo, el beneficio de una disciplina que asegura la coherencia de su acción.

9. — B. **La administración sometida al derecho: el principio de legalidad.** Esta concepción del Estado de policía —que no debe confundirse con "el Estado policial" en el sentido polémico de la expresión— ha dejado lugar sin embargo, de manera general, a la del *Estado de derecho:*[4] en todos los Estados modernos, se admite que la administración está vinculada por la regla de derecho. Es éste uno de los principios fundamentales del liberalismo político, y si lo encontramos fuera del mundo liberal, en la noción de "legalidad socialista" desarrollada por los juristas soviéticos,[5] es sólo en relación con la ideología de 1789 que se explica su concepción.

1º Históricamente, la solución se vincula, por una parte con la *separación de poderes,* y por la otra con la concepción revolucionaria de *la ley, "expresión de la voluntad general".* El poder legislativo posee, por su origen electivo, una primacía de la cual

[4] Henry: "Vers la fin de l'État de droit?", *R.D.P.,* 1977, p. 1.207.

[5] *Cf.* Langrod: "Le ministère public en U.R.S.S.", *Rev. int, dr, comp,* 1950. p. 689.

participa el acto que él dicta. Una vez dictada la ley, la única tarea que incumbe a las autoridades públicas es la de asegurar su traducción a la realidad: es el rol del *ejecutivo*. La administración es una función esencialmente ejecutiva: ella encuentra en la ley el fundamento y el límite de su acción. Esto no excluye, para ella, la facultad de dictar, como el legislador, reglas generales en la medida en que tales reglas son necesarias para precisar las condiciones de ejecución de las leyes; pero las reglas generales de origen administrativo, o *reglamentos*, están completamente subordinadas a las leyes. Los textos constitucionales han reflejado durante mucho tiempo esta concepción: ellos no dan, a la acción del poder ejecutivo, otra base jurídica que la misión de "vigilar y asegurar la ejecución de las leyes" (Constitución, 1946, Art. 57).

2º La Constitución de 1958 ha repudiado, en una larga medida, esta herencia. Sin duda, la fórmula precedente se encuentra de nuevo: el primer ministro "asegura la ejecución de las leyes" (Art. 21). Pero no es a esta disposición que se vincula aquella según la cual (Art. 20). "El gobierno... dispone de la administración". Sobre todo, el dominio de la ley está de ahora en adelante estrechamente limitado (*infra*, Nº 54); el gobierno en todas las materias que no están reservadas al legislador puede decidir cómo lo haría éste. Ya no se trata pues, de un poder exclusivamente *ejecutivo*. De la declinación de la primacía de la ley, no podríamos sin embargo, concluir que la administración en Francia, ha cesado de estar sometida al derecho. El derecho, en efecto, tiene otras fuentes diferentes a la ley (*infra*, Nº 43) por lo cual, aun cuando ésta no exista, la acción del ejecutivo está limitada por reglas jurídicas. Pero la evolución constitucional impone, para la sumisión de la administración al derecho, un fundamento más amplio que la concepción tradicional de la primacía de la ley: la idea de que no hay seguridad para el individuo allí donde la administración no esté vinculada por una *regla jurídica*, sea cual fuese su naturaleza.

3º El principio conlleva *dos tipos de consecuencias*: la primera —la más evidente— es la *vinculación de la administración par la regla de derecho*: ella no la puede infringir sin que su acto se encuentre desprovisto de todo valor. La segunda, no menos esencial, es el *carácter jurídico que toma, de este hecho, la acción*

administrativa, generadora de obligaciones o de poderes jurídicamente sancionados, en beneficio o en contra de los particulares y de la autoridad pública.

10. — 4º **Las personas morales públicas.** Los derechos y obligaciones de la administración necesitan, como todo derecho u obligación, un titular. En la práctica, son individuos —los agentes públicos— quienes actúan por cuenta de la administración. Pero los actos que ellos realizan como tales, sobrepasan su propia persona: es la colectividad a la cual sirven, la que se encuentra comprometida por ellos. El derecho francés atribuye así, a ciertas colectividades o servicios que poseen órganos administrativos, la cualidad de sujetos de derecho, o en otros términos, la personalidad moral: y es a ella a quien se imputan los efectos jurídicos —derechos u obligaciones— de los actos llevados a cabo por sus agentes. El Estado, las colectividades territoriales, comuna y departamento, los establecimientos públicos, son las principales personas morales de derecho público.

11. — C. **La administración sometida al mismo derecho que los particulares.** El principio de la sumisión de la administración al derecho no conlleva necesariamente la existencia de un derecho *administrativo,* es decir, de un derecho especial de la administración. Ella puede estar regida por el mismo derecho que los particulares, es decir, por el derecho privado. En este caso habrá una sumisión de la administración al derecho, pero no un derecho administrativo.

Aquí tampoco se trata, de ninguna manera, de una concepción teórica: la administración inglesa, en una larga medida, obedece al mismo derecho que cualquier particular británico; hay en Inglaterra como en todos los países, leyes que organizan la administración, describen sus órganos, fijan su estatuto. Pero cuando ella actúa, y salvo excepciones establecidas, por el Parlamento soberano, son los procedimientos jurídicos del derecho común los que ella utiliza; sus contratos son los mismos que los de los particulares, y su responsabilidad está comprometida en los mismos casos. No existe, pues, en Inglaterra, al menos en principio, un régimen jurídico propio de la acción administrativa aunque en la práctica, la evolución reciente tiende a modificar esta situación,

multiplicando los textos que derogan al *Common Law* en beneficio de la administración.[6]

En Francia incluso, la administración utiliza frecuentemente los procedimientos del derecho privado; si el propietario de un inmueble que ella necesita acepta vendérselo a un precio razonable, ella celebrará con él un contrato de venta regido por el Código Civil. El recurrir al derecho privado, es la solución normal para las empresas industriales o comerciales en las cuales la administración asegura la gestión: ellas funcionan bajo un régimen análogo al de las empresas privadas. Cuando la administración recurre a los procedimientos jurídicos del derecho común, se denomina *gestión privada.*

12. — D. **El derecho administrativo.** El servirse de la gestión privada permanece excepcional: el principio, en Francia, es la sumisión de la administración a un derecho particular, diferente de aquel que rige las actividades privadas, en el sentido de que, ante problemas similares (los contratos, la responsabilidad), aporta soluciones distintas. Es lo que se quiere expresar cuando se habla de la *autonomía del derecho administrativo,* de su carácter *derogatorio del derecho común,* y cuando se opone *la gestión pública a la gestión privada* de la administración.

Esta solución comporta un aspecto negativo —la inaplicabilidad de las reglas del derecho privado, principalmente del Código Civil a la acción administrativa— y un aspecto positivo: la originalidad de las reglas a las cuales está sometida esta acción. Estos dos aspectos se encuentran en los considerandos de la célebre sentencia *Blanco,* del Tribunal de Conflictos de fecha 8 de febrero de 1873 (Gr. Art., p. 5), y que ha, si no fundado, al menos consagrado el principio de la autonomía del derecho administrativo. Las fórmulas que esta sentencia aplica, al problema de la responsabilidad, pueden extenderse al conjunto de la acción administrativa: "ésta no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de par-

---

[6] J. Rivero: *Cours de Droit Adm, comp,* 1956-57 (polycopié), p. 148 y s., y la bibliografía; "Vers un droit commun européen, nouvelles perspectives en droit administratif", *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'europe.* Publicaciones del Instituto Universitario Europeo, 1978, p. 389; Mitchell: "L'absence d'un système de droit Administratif au Royaume-Uni, ses causes et ses effects", *E.D.C.E.,* Nº 18, p. 211.

ticular a particular;... ella tiene sus reglas propias, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

Esta autonomía no excluye la posibilidad, para el órgano que elabora la regla administrativa, de inspirarse en ciertas soluciones del derecho civil adaptándolas a las necesidades de la acción administrativa. Pero esto lo realiza con plena libertad: la autoridad del derecho privado no se extiende a la administración.

Esta solución *lógica,* se explica también por circunstancias *históricas.*

13. — 1º **El punto de vista lógico.** No parece posible aplicar la misma regla a situaciones de base diferentes. En efecto, el postulado de la igualdad jurídica de los particulares es subyacente al derecho civil; por el contrario, la administración, vigilante del interés público, debe estar facultada para asegurar su salvaguarda a pesar de la resistencia de voluntades privadas. En estas condiciones, en Francia habría dificultad en concebir que una administración pueda situarse en pie de igualdad con los particulares, lo que la mayoría de los anglosajones admiten, en cambio, sin dificultad. No se pueden conciliar "los derechos del Estado" —es decir, las prerrogativas que implica la preeminencia del interés general— y "los derechos de los particulares", de los cuales la concepción liberal del Estado exige el respeto, sino sólo mediante la elaboración de un derecho distinto, que consagre, pero que delimite, las prerrogativas administrativas. Es la autonomía del derecho administrativo la que permite la síntesis entre el poder público y el principio de legalidad.

14. — 2º **El punto de vista histórico: la separación de las autoridades administrativas y judiciales.** Las razones que acabamos de exponer han visto su acción reforzada por una circunstancia histórica: la interpretación del principio de la separación de poderes que ha prevalecido en lo que concierne a las relaciones del ejecutivo y el judicial. Los hombres de la Revolución, dominados por el recuerdo del combate secular llevado a cabo contra la administración real por los Parlamentos, consideraron necesario sustraer la acción de los administradores del control del poder judicial; ellos por tanto retiraron del control del juez ordinario, el

conjunto de litigios que interesaban a la administración. Luego, esos litigios fueron confiados a una jurisdicción especial, estrechamente ligada al poder ejecutivo, y a la cabeza de la cual se encuentra desde el año VIII, el Consejo de Estado.

La tendencia del juez judicial hubiese sido la de aplicar a los litigios administrativos, las reglas del derecho que le eran familiares, es decir, las del derecho privado. El juez administrativo, al contrario, y más que todo por las exigencias propias de la acción administrativa, ha sustraído, naturalmente, esta acción administrativa, de un derecho que él no tenía por misión aplicar; de esta manera, el juez, ha desempeñado un rol decisivo en la elaboración de un derecho administrativo autónomo.

Existe, pues un vínculo muy marcado entre la existencia de una jurisdicción administrativa distinta de la jurisdicción judicial, y la de un derecho administrativo distinto del derecho privado.

15. — E. **Derecho administrativo y Ciencia administrativa.** El derecho no es más que expresión, en forma jurídica, de las concepciones éticas, sociales y económicas que prevalecen en una determinada civilización. Así sucede con el derecho administrativo: sus reglas presuponen un cierto número de opciones fundamentales, que tocan, sea las relaciones de la administración con los particulares, sea los mejores métodos de ordenación y de gestión del organismo administrativo. El régimen administrativo de un país, por tanto, está definido, al mismo tiempo, por las reglas jurídicas que constituyen su derecho administrativo, y por esas opciones, de las cuales el derecho adopta y sanciona las principales, y que merecen ser estudiadas en sí mismas, en una perspectiva técnica y no jurídica. La cuestión de saber si vale más confiar el poder de decisión en un servicio, al jefe de la jerarquía con sede en París, o a sus representantes locales, no le compete al derecho, sino a la técnica y a la política administrativa; de igual forma, la mejor manera de dividir el territorio para implantar los diversos servicios. La solución una vez adoptada, adquiere fuerza jurídica, si un texto la consagra. Se denomina *ciencia administrativa*, el estudio de los mejores métodos de organización y de gestión de la administración y de los factores humanos y técnicos que los dirigen. Pero el estudio del derecho administra-

tivo, aunque su objeto sea diferente, no puede desinteresarse de los elementos que explican las reglas de las que este derecho se compone.[7]

16. — **Definición del derecho administrativo.** Podemos resumir lo precedente en la fórmula siguiente:

El derecho administrativo es el conjunto de reglas jurídicas derogatorias del derecho privado que rigen la actividad administrativa de las personas públicas.

Algunos autores cuestionan hoy en día esta definición. Al constatar que la acción de la administración está sometida, tanto al derecho privado, como hemos visto *supra* en el Nº 12, como a reglas especiales, ellos proponen aplicar la calificación de *derecho administrativo* al conjunto de reglas jurídicas que se imponen a la administración, sin ninguna distinción. En realidad, debemos poner aparte, en este conjunto, aquel grupo de reglas especiales que permanecen propias a la acción administrativa. Parece más lógico y más simple reservar a estas reglas el nombre de derecho administrativo, sin perder de vista el hecho de que ellas no rigen la totalidad de la acción administrativa. *Cf.* sobre este problema: Chapus: *Le service public et la puissance publique. R.D.P.*, 1968, p. 235; Amselek: *Reflexions sur une étude récente, A.J.*, 1968, p. 492.

SECCIÓN II. **La formación histórica del régimen administrativo francés**

No se trata, en esta sección, de estudiar a través de la historia, los regímenes administrativos que se han sucedido en Francia, sino solamente su aporte al régimen actual, el cual sería incomprensible sin este inventario de herencias sucesivas del cual se compone.[8]

[7] *Cf. El Traité de Science administrative,* obra colectiva publicada en 1966, que da la primera visión de conjunto de esta disciplina en francés; Crozier: *Le phénomène bureaucratique,* 1963; Gournay: *Introductions a la Science administrative,* 1971; la bibliotheque de science administrative dirigida por J. Boulouis y R. Drago, publica las mejores tesis dedicadas a esta disciplina.

[8] P. Legendre: *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours,* 1968; G. Sautel: *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution Française,* 1969.

§ 1. La obra del año VIII

Si se escoge el año VIII como punto de partida, es debido a que la estructura dada a la administración francesa por el Primer Cónsul no ha sido desde ese entonces, objeto de ninguna renovación radical; a pesar de lo profunda que ha sido la evolución, es en el marco impuesto por Napoleón que ella se ha desarrollado. Pero la obra del año VIII no se destaca, sino en relación con dos tradiciones frente a las cuales ha tenido que tomar posición: la del Antiguo Régimen y la de la Revolución.

17. — A. **La administración del Antiguo Régimen.** Esta es, como todas las instituciones de la antigua Francia, un producto del tiempo, no una construcción del espíritu. De allí, su extrema complejidad. Pero en esta confusión, la voluntad real introdujo progresivamente la coherencia y la centralización:

1º *Esta confusión* es el legado del período feudal. El se manifiesta en diversas materias:

Confusión de las *actividades públicas y privadas*: los Cuerpos y Comunidades, locales o profesionales, laicos o eclesiásticos, asumen una gran parte de tareas de interés general al mismo tiempo que defienden sus intereses propios; la frontera entre lo privado y lo público no se deja discernir.

Confusión en la *división geográfica del país*: las circunscripciones son diferentes, según su objeto, y según su origen histórico; el régimen de las colectividades locales no es menos confuso teniendo una situación muy variable en cuanto a su autonomía administrativa.

Confusión, en fin —para atenernos a lo esencial— de *la acción administrativa y de la acción judicial*, ya que los Parlamentos no dejaban de inmiscuirse en la actividad de los agentes del rey.

2º *La creación progresiva de la administración real.* De este caos emerge progresivamente, a partir del siglo XVI, una organización coherente, centralizada, jerarquizada, que es la obra de la Monarquía y que, sobre todo en el siglo XVIII, tiende a concentrar en ella lo esencial de la acción administrativa. Se encuentran ya allí, las piezas que serán las del régimen del año VIII; órganos centrales (secretarios de Estado, Consejo del Rey); repre-

sentantes locales del poder central, dotados de una competencia administrativa muy amplia, los intendentes, en cada circunscripción financiera; cuerpos administrativos especializados —obras públicas; Minas; Aguas y Bosques, etc. . . .—; procedimientos particulares para algunas tareas administrativas, por ejemplo, en materia de obras públicas; en fin, jurisdicciones especializadas en los litigios que interesan a la administración real, principalmente al "Consejo de las Partes". Pero la imbricación de la administración real, en vía de formación, con las instituciones heredadas del pasado, se agrega a la complejidad del conjunto.

18. — B. **La obra de la Revolución.** Esta puede resumirse en tres puntos principales:

1º En primer lugar una obra de *destrucción:* casi la totalidad de la administración del Antiguo Régimen desaparece. Se trata, al menos en apariencia, de una tabla rasa, de una ruptura total con el pasado. Sólo subsisten los cuerpos administrativos especializados, en razón de su carácter técnico.

2º Sobre este terreno así allanado, la Revolución va a tratar de edificar una *administracción racional,* uniforme y coherente. De los diversos ensayos que se suceden en este sentido, un solo elemento positivo subsistirá: la división territorial de Francia en departamentos y en comunas. Pero el método, en cambio, sobrevive: el espíritu de sistema y el gusto por la uniformidad caracterizarán durante largo tiempo el régimen administrativo francés.

3º Finalmente y sobre todo, la Revolución formula *los principios de la filosofía política* que permanecerán como base de toda la elaboración ulterior: la primacía de la ley, la separación de las autoridades administrativas y judiciales, el liberalismo político, la igualdad de los ciudadanos ante la administración, y el liberalismo económico. De esta ideología, algunos componentes se han esfumado, principalmente en materia económica, pero la mayoría han guardado su autoridad; ellos proveen al derecho administrativo, de lo esencial en sus principios generales.

19. — C. **La obra del año VIII.** De cada una de las dos tradiciones precedentes, el Primer Cónsul tomó los elementos que

por su naturaleza, servirán a la autoridad del Estado, y a la eficacia de la acción administrativa.

1º *La organización del territorio* es uniforme y centralizada. En cada uno de los niveles de la división territorial heredada de la Constituyente —departamento, antiguo distrito, comuna— se encuentran los mismos órganos: un administrador, colocado bajo la autoridad del poder central, un consejo, esencialmente consultivo; un prefecto y un consejo general del departamento, un subprefecto y un consejo de distrito, un alcalde y un concejo municipal, todos nombrados; de este conjunto se destaca *el prefecto,* representante directo del poder central, provisto de amplios poderes, pero estrechamente controlados, el cual continúa la tradición del Intendente.

2º *Los servicios administrativos,* generalmente continuadores de los cuerpos administrativos del siglo XVIII, están, en cuanto a su objeto, especializados en tareas precisas, que excluyen toda penetración en el campo económico reservado a los particulares. Su organización es de estilo militar, centralizada y jerarquizada. Su acción en fin, se ejerce esencialmente, por vía autoritaria, y aunque sometida en principio a la legalidad, está, de hecho, poco sujeta, dado el débil desarrollo del derecho administrativo.

3º Una *justicia administrativa* distinta de la jurisdicción ordinaria aparece, pero ella es todavía incipiente, y ofrece pocas garantías al particular.

4º En el centro de la estructura, *el poder central* el cual concentra lo esencial de la autoridad, tanto sobre sus agentes como sobre sus administrados. Si la penetrante personalidad de Napoleón deja, en una relativa sombra, a los ministros, jefes de las administraciones, tolera sin embargo la cooperación activa, en el conjunto de la obra administrada, del *Consejo de Estado,* órgano consultivo, que retoma, en lo esencial, los diferentes roles asumidos por el Consejo del Rey.

§ 2. Los factores de la evolución

20. — Esquema general. Francia, desde el año VIII no ha conocido otra revolución administrativa; nada ha habido comparable a la tabla rasa de 1789; se ha retocado y modificado, pero

no se ha reconstruido sobre bases nuevas. Esta relativa estabilidad de las instituciones administrativas contrasta con la inestabilidad de las instituciones políticas, y quizá se explique en parte: por cuanto mantenía la necesaria continuidad sin la cual la vida nacional, e incluso la de los particulares hubiese sido imposible; el cambio político no tenía, gracias a ella, sino incidencias limitadas.[9]

Pero esta aparente estabilidad no debe esconder la profundidad de las transformaciones. La administración del año VIII respondía a un régimen autoritario en el orden político, y liberal en el orden económico. Ahora bien, estos dos postulados, en cierta forma, se han invertido: el liberalismo se ha introducido en el orden político y la autoridad administrativa en el orden económico. El régimen administrativo se ha plegado a estos nuevos elementos: el advenimiento de la democracia y el intervencionismo generalizado han provocado profundos cambios.

21. —A. **Del orden autoritario a la democracia, repercusiones en el régimen administrativo.—** El desarrollo de la libertad política conlleva, en el orden administrativo, un cierto número de repercusiones que ponen en duda el régimen del año VIII.

El liberalismo político exige, en primer término, que el ciudadano sea protegido contra el poder. La separación del ejecutivo y del legislativo, y la primacía reconocida a este último, conllevan por lo tanto a una reacción contra la arbitrariedad que de hecho resultaba del débil desarrollo de las garantías legales y jurisdiccionales en el año VIII, conduciendo a una subordinación efectiva de la administración al derecho y al juez.

La democracia tiene una segunda exigencia: la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder que los rige. En realidad, esta exigencia no se impuso del todo en las relaciones de los administrados y del Estado;[10] pero ella inspiró, en el plan local, la elección de órganos encargados de administrar a las colectividades departamentales y comunales, y el desarrollo de la descentralización.

Estas dos exigencias —protección contra la arbitrariedad y participación en la acción administrativa— se manifestaban a la

[9] Vedel: "Discontinuité du droit constitutionnel et contiuité du droit administratif", *Mélanges, Waline,* 1974, T. II, p. 777.

[10] J. Rivero: "Démocratie et administration", *Mélanges, Savatier,* 1964; A. Mestre: "La démocracie administrative", *Mélanges, Couzinet,* 1975, p. 561.

vez en las relaciones de la administración con los administrados y en sus relaciones con sus propios agentes, ejerciendo su influencia tanto sobre las modalidades de la acción administrativa como sobre la estructura de la jerarquía.

22. — B. **Del Estado liberal al Estado intervencionista.** La decadencia del liberalismo económico provocó una evolución más radical que la transformación política: ella produjo un crecimiento considerable de las tareas públicas. No es que la finalidad de la acción administrativa haya cambiado: ésta permanece definida por la satisfacción del interés general. Pero la concepción del interés general se ha transformado profundamente a partir de finales del siglo XIX.

1º *Como punto de partida,* el interés general engloba un número limitado de tareas bien definidas: la defensa nacional y la acción internacional, el mantenimiento del orden, la creación de las condiciones generales que permiten el juego de la economía —moneda, vías de comunicación—, y de la Justicia. A esto se añade, en los regímenes autoritarios que no se desinteresan por los aspectos del espíritu, la Universidad y los Cultos. En fin, las Finanzas proveen los medios necesarios para hacer vivir este conjunto. Es el *Estado Gendarme,* reflejo, a la vez, de un cierto estado de opinión dominada por el liberalismo económico, y de un cierto estado de la sociedad y de la técnica: una Francia todavía rural en lo esencial.

2º *Las revoluciones de los siglos XIX y XX.* Las revoluciones técnicas y científicas que se suceden a un ritmo acelerado crean *nuevos cometidos,* cuya puesta en marcha no puede, en ciertos casos, ser asegurada por la iniciativa privada, sea porque ella no se presta al juego de la concurrencia (ferrocarriles, telégrafos, teléfonos), sea porque ella no es rentable (desarrollo de la higiene pública). El interés general exige, sin embargo, que las posibilidades ofrecidas a la colectividad no sean descuidadas: la acción del Estado requiere, por lo tanto, ser ampliada.

En el plan económico. la utilización de nuevas técnicas por los particulares transforman la estructura del país. La concentración de empresas, con tendencia monopolística, adquieren en la vida nacional una importancia tal que el interés general se vincula, tanto a su protección —ya que su ruina sería un desastre para

la comunidad— como a su tutela —ya que su exceso de poder puede implicar una amenaza para el Estado mismo.

Paralelamente a estos poderes, la evolución económica desarrolla, *en el plan social* debilidades y miserias: las del proletariado industrial urbano, que el interés general no permite abandonar a su suerte; de allí el desarrollo de una administración social y de los servicios que impone la ordenación de la vida urbana.

Esta evolución repercute en el campo psicológico: decepcionado por la experiencia de la libertad, el hombre reclama del Estado una mayor protección y la salvaguarda de su seguridad. Las nuevas corrientes ideológicas, y principalmente las diversas formas del socialismo, van en el mismo sentido.

3º *La contrapartida de esas transformaciones* es triple. Por una parte, las tareas tradicionales del Estado sufren, debido a los cambios técnicos, un crecimiento extraordinario. La defensa nacional, en un Estado moderno, implica un control permanente sobre amplios sectores de la industria; las comunicaciones, dominio tradicional del Estado, que se reducían anteriormente a las obras públicas de puentes y calzadas; ellas aumentan, luego, por las carreteras, por el ferrocarril, por el transporte aéreo, por el transporte de la energía, por las redes de telecomunicación. Incluso al hacer "la misma cosa" que el Estado del siglo XIX, el Estado moderno se ve compelido a extender considerablemente su acción.

Más decisiva aún que la extensión de las tareas tradicionales, es la aparición de tareas completamente nuevas: se trata de todo el desarrollo de los servicios económicos y sociales.

En fin, la naturaleza misma de la actividad de la administración se modifica. Ya no se limita a administrar el presente: sino que le incumbe preparar el futuro. Esta actitud prospectiva exige instrumentos nuevos —planes de desarrollo, de urbanismo, directrices, etc.— y pone en duda numerosas soluciones anteriormente planteadas.[11]

23. — C. **Incidencias recíprocas de las dos líneas de evolución precedentes.** Se ha considerado primero la evolución política y luego la evolución económica; en realidad una y otra han

[11] Debbash: "Le droit administratif face á l'évolution de l'administration française", *Mélanges, Waline*, 1974, T. II, p. 343.

conjugado su acción: el advenimiento de la democracia ha obligado a tomar en consideración las necesidades de las masas y el desarrollo de tareas económicas y sociales; las transformaciones económicas y sociales han actuado sobre los ideales de la democracia: nacida individualista, ella tiende a dar un mayor puesto a los grupos de intereses colectivos organizados (sindicatos); limitada en principio al campo político, ella pretende en adelante traducirse en el campo económico y social (participación de los asalariados privados y de los funcionarios en la gestión de sus empresas).

§ 3. Los resultados de la evolución

24.— **Visión de conjunto.** Las transformaciones impuestas al régimen del año VIII por los factores que se acaban de reseñar se reducen a tres órdenes de ideas.

1º *Mantenimiento de la estructura, tarnsformación del contenido.* En general la estructura del régimen administrativo subsiste; pero su contenido ha cambiado, desnaturalizando profundamente la institución. Se sigue encontrando en la comuna, un concejo municipal y un alcalde: pero convertido debido a la descentralización, en órganos de una colectividad que se administra libremente. Los servicios han conservado su estructura jerárquica: pero el desarrollo de las garantías acordadas a los agentes públicos y el rol asignado a sus sindicatos, han transformado ampliamente las relaciones entre el superior y sus subordinados.

2º *Regreso a la complejidad.* La administración del año VIII, a partir de la tabla rasa de 1789, era simple en sus líneas. La estructura administrativa contemporánea ha tomado una complejidad que la asemeja, por vías diferentes a la del antiguo régimen.

La diferenciación de las actividades públicas y privadas se ha atenuado: ahora ellas se ejercen a menudo en los mismos campos, lo que las conduce a utilizar procedimientos jurídicos idénticos. Es frecuente ver personas privadas asociadas a tareas de interés general y dotadas por ello, de prerrogativas del poder público.

Otro elemento de complejidad: los procedimientos de gestión de los servicios han debido diferenciarse considerablemente para adaptarse a nuevos objetivos: por tanto existe una gran gama

Finalmente, las relaciones de los particulares con la administración también se han diferenciado: al lado de las relaciones de sujeción, en las que el particular aparece como un administrado, se han creado situaciones en las que él posee, como usuario del servicio, un poder de exigir, y además, situaciones de colaboración.

3º *Desarrollo del derecho y de las garantías jurisdiccionales.* Por la acción del legislador, y sobre todo por el esfuerzo creador del juez administrativo, la administración ve su acción encuadrada en un doble límite: el principio de legalidad, cuyo contenido se ha enriquecido considerablemente, dado que está sancionado por la anulación de las decisiones administrativas contrarias a derecho, gracias al desarrollo del recurso por exceso de poder; y por otra parte, el desarrollo de la responsabilidad administrativa la cual impone a las personas públicas el indemnizar a los particulares a quienes hayan causado irregularmente un daño.

4º Al término de esta evolución resulta evidente que el derecho administrativo esté hoy en día en crisis. Muchas nociones fundamentales, elaboradas en el marco de un Estado liberal, no permiten entender las formas adoptadas por la acción administrativa. Las nuevas tareas que ésta asume —planificación económica, gestión de un extenso sector industrial, ordenación del territorio, urbanismo, animación cultural, protección social, lucha contra la contaminación, búsqueda de un mejoramiento en el "nivel de vida"— no pueden ya acomodarse ni a las estructuras ni a los métodos tradicionales. Desde el punto de vista de las *estructuras,* las colectividades locales, comuna y departamento, están en plena mutación, y si la creación de una nueva colectividad, *la región* ha sido descartada por el referéndum del 27 de abril de 1969, la ley del 5 de julio de 1972, marca un paso en la vía de la *regionalización.* La organización administrativa del Estado está también cuestionada: multiplicación de los servicios personificados, esfuerzos por romper la rígida separación entre los ministerios. En cuanto a los *métodos,* la centralización, agudizada por la tecnocracia, se revela cada vez menos tolerable; la necesidad de fórmulas menos autoritarias, que hagan llamados a la cooperación de los particulares y no a la sola coacción, es requerida en todos los nuevos campos de la acción del poder público. La protección jurisdiccional, por su parte, se presenta, debido fundamentalmente a su lentitud, como insuficiente e inadaptada.

Al mismo tiempo, las técnicas científicas de información y de gestión, y sobre todo el desarrollo de las computadoras, plantean problemas de los que no es todavía posible prever todas las implicaciones; finalmente la psicología de los ciudadanos frente a la administración se desarrolla en direcciones opuestas: éstos exigen cada vez más, pero soportan cada vez menos la multiplicación de deberes que conlleva la satisfacción misma de estas exigencias. Es por tanto probable que la relativa estabilidad que se evocaba *supra*, Nº 20, llegue a su fin, y que el derecho administrativo conocerá, en los años que vienen, las transformaciones en profundidad que exige su adaptación a un mundo renovado.[12]

SECCIÓN III. Caracteres y principios fundamentales del derecho administrativo

Al término de la evolución que se acaba de señalar, el derecho administrativo aparece como un derecho autónomo, distinto del derecho civil, y diferente de él. Esas diferencias se manifiestan en primer lugar en los caracteres técnicos del derecho administrativo, y luego y más profundamente en sus principios fundamentales.

§ 1. Los caracteres técnicos del derecho administrativo

25. — A. **El derecho administrativo es un derecho reciente.** El derecho civil es heredero de una muy larga tradición. Las nociones fundamentales utilizadas por los redactores del código civil habían sido objeto de una elaboración que remontaba a menudo al derecho romano: de allí su precisión, que permite, a partir de definiciones netas, un razonamiento riguroso. El derecho administrativo ha tomado forma lentamente en el siglo XIX, y sobre todo a partir del último cuarto de siglo; muchas de sus nociones fundamentales permanecen todavía inciertas. Además, ésta elabora-

[12] A. Hauriou: "Le droit administratif de l'aléatoire", *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 197; L. Sfez: *L'administration prospective*, 1971; R. Savy: *Droit public economique*, 1972; J. Lamarque: *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, 1973; A. de Laubadère: "La'administration concertée", *Mélanges, Stassinopoulus*, 1974, p. 407, y del mismo autor, *Droit public économique*, 1976, en la colections Précis Dalloz.

cion ha coincidido con un período de evolución acelerado de la civilización, más favorable a los cuestionamientos que a los logros obtenidos.

26. — B. **El derecho administrativo no ha sido codificado.** La codificación obliga a quien la realice a adoptar una visión de conjunto sobre la materia a la cual se aplica y a organizarla de manera completa y coherente. En materia administrativa, el legislador ha andado más a prisa; leyes sucesivas y fragmentarias a menudo ligadas a las circunstancias y a las necesidades, han creado los órganos administrativos y han descrito algunos de los procedimientos utilizados por ellos; rara vez estas leyes han planteado principios que tengan un alcance general o que den definiciones; debido a ello, y a pesar de la extraordinaria proliferación de textos legislativos y reglamentarios estas leyes dejan sin solución, numerosos problemas, a veces fundamentales. El esfuerzo actual de codificación (*infra*, Nº 45) que se limita a poner en orden por materia, los textos en vigor, no puede transformar esta situación.[13]

27. — C. **El derecho administrativo es ampliamente jurisprudencial.** Es una característica fundamental. Obligado a resolver litigios para los cuales la ley no le proveía ningún principio de solución, el juez ha debido construir, a menudo en forma completa, la regla que él iba a aplicar. Este trabajo de elaboración es obra del Consejo de Estado, que ha concentrado en sus manos, durante largo tiempo, la casi totalidad de la jurisdicción administrativa; y de ello resultan consecuencias muy importantes.

1º *Desde el punto de vista formal,* muchas reglas de derecho administrativo no tienen otro origen que la sentencia en la que el Consejo de Estado las ha formulado: por lo tanto el conocimiento de las más importantes sentencias (designadas con el nombre del demandante) juega para el estudio de este derecho el mismo rol que el conocimiento en derecho civil de los artículos fundamentales del Código.

2º Más profundo aún, *el derecho administrativo obra del juez, enfoca, los problemas en la óptica del juez.* Por ejemplo, mientras que el derecho civil estudia el problema de la nulidad

[13] Sobre los peligros de la codificación en derecho administrativo, Letourneur: "Quelques réflexions sur la codification du droit administratif", *Mélanges. Julliot de la Morandière,* 1964, p. 276.

de los actos jurídicos en sí misma, el derecho administrativo en cambio, no aborda este problema, sino por la vía indirecta del contencioso: ¿En qué caso el juez anulará los actos administrativos que le han sido llevados? Igualmente, muchas teorías fundamentales del derecho administrativo no han tenido otro objetivo que resolver el problema de la competencia del juez administrativo: ha sido, por ejemplo, en la ocasión de determinar los casos en que el juez administrativo, en lugar del juez judicial, debía conocer de un litigio sobre un contrato, que éste elaboró la definición de contrato administrativo.

Esta preponderancia del punto de vista contencioso es uno de los razgos originales del derecho administrativo francés.

3º *El espíritu general de las reglas del derecho administrativo* refleja su origen. El juez que las planteaba para poder estatuir sobre el litigio que le era sometido, tenía la preocupación, al formularlas de no vincularse demasiado hacia el futuro, de manera de poder tener en cuenta más tarde, las circunstancias propias a cada caso: de allí el carácter flexible de las reglas, y el amplio margen de incertidumbre que las rodea. Esta incertidumbre aumenta debido al hecho de que el Consejo de Estado tiene la costumbre, explicable por la historia, de redactar los motivos de sus sentencias con una concesión que raya, a veces, con el hermetismo, o la extrema sutileza; hace falta para penetrar su sentido, una iniciación a ese estilo particular. El derecho administrativo debe, a esta circunstancia, un cierto esoterismo, que aún sin dejar de ser atractivo, es discutible desde el punto de vista práctico. Todo ello conlleva a hacer una construcción intelectual original, que une curiosamente, al empirismo y al sentido de la realidad, la sutileza y el gusto de los matices.

§ 2. Los principios fundamentales del derecho administrativo

28. — **La búsqueda de una noción clave.** De los caracteres que acabamos de indicar, resulta que el derecho administrativo corría el riesgo de reducirse a una yuxtaposición de reglas de detalle, flexibles, pero poco consistentes. Se imponía, pues, un esfuerzo para desprender de esas reglas, algunos principios esenciales que permitieran organizar la materia, y de hacerla entonces, al mismo tiempo, más inteligible, más asimilable, y más utilizable.

Esta búsqueda respondía a una necesidad práctica: al lado de la jurisdicción judicial existía una jurisdicción administrativa para la cual los textos no definían con precisión las atribuciones, imponiendo al juez la definición de un *criterio de competencia,* de un principio general que permitiera reconocer los litigios dependientes del derecho administrativo, e igualmente, las fronteras de la competencia de las jurisdicciones administrativas y judiciales.

En esta perspectiva, un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial ha sido intentado, a partir de comienzo del siglo XX, para unificar todas las reglas administrativas a partir de *la noción de servicio público.*

Este esfuerzo se encuentra, hoy en día, *cuestionado.*

29. — A. El derecho administrativo definido por el servicio público.[14] De algunas sentencias dictadas a comienzos de este siglo por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos, los principales autores de este período —principalmente Duguit[15] y Jéze— han creído poder concluir que el derecho administrativo encontraba su unidad en la *noción de servicio público.*

Para estos autores, la diferencia esencial entre la actividad de los particulares y la actividad pública reside en el hecho de que ésta está enteramente consagrada a la gestión de empresas propias para satisfacer el interés general, es decir, de los servicios públicos. Estas actividades en el mundo liberal son básicamente diferentes por su objeto, de las actividades privadas; ellas tienen sus exigencias propias, que determinan su régimen jurídico particular. De allí que se pueda definir el derecho administrativo como *el derecho de los servicios públicos.* En esta concepción, el servicio público traza la frontera del derecho administrativo e igualmente la de la competencia del juez administrativo. Asimismo, le provee su contenido: todas las soluciones propias del derecho administrativo se explican por las necesidades del servicio público. Esta concepción, simple y pujante, dominó la jurisprudencia y la doctrina hasta los años 50, fuertemente discutida desde entonces no ha dejado de ser objeto de un debate diario. Hoy en día, algunos autores, principalmente de Laubadére y Latournerie, aún le perma-

---

[14] En general sobre el problema, J. L. de Corail: *La crise de la notion de service public,* 1954.

[15] E. Pisier-Kouchner: *Le service publique dans la théorie de l'État de L. Duguit,* 1972.

necen fieles; el Consejo de Estado, después de un período de fluctuaciones, parece querer restaurar la noción de servicio público en su función de criterio de la competencia administrativa.

30. — B. **La decadencia de la noción de servicio público.** Esos esfuerzos de restauración se enfrentan lamentablemente a los hechos.

1º Dos constataciones se imponen tempranamente. Ante todo, *la administración no se limita a gestionar servicios públicos;* la reglamentación de la actividad de los particulares en el marco de la *policía administrativa* principalmente, que es una parte importante de su acción, no constituye propiamente la gestión de un servicio. El derecho administrativo tiene, pues, un objeto más amplio que el servicio público.

En sentido inverso, la gestión del servicio público no utiliza siempre los procedimientos del derecho administrativo; a veces debe hacer uso de los procedimientos del derecho civil, principalmente en materia de contratos.

Estas dos consideraciones capaces por sí solas de hacer fracasar la ecuación establecida entre servicio público y derecho administrativo fueron consideradas al inicio como simples excepciones que no afectaban el principio.

2º Pero, sobre todo, a partir de la guerra de 1914-1918, el profundo trastorno económico y social de que se habló en la sección precedente, repercutió sobre la delimitación entre actividades públicas y privadas que había servido de base a la teoría del servicio público. Sobre esta base era claro que la actividad pública que tenía en general, un objeto distinto de la actividad privada, debía obedecer a un derecho diferente, y depender de un juez especializado. Pero el intervencionismo condujo al Estado a desarrollar actividades de la misma naturaleza que la de los particulares; son los *servicios públicos industriales y comerciales,* luego *sociales;* cuyos objetos dependen en una gran medida del derecho privado, civil y comercial, y de la competencia judicial. Tenemos entonces un conjunto de servicios públicos —que crece sin cesar— y cuya gestión, salvo excepciones, escapa en su mayor parte del derecho administrativo.

En este orden de ideas, el Estado confía a organismos privados, sometidos al derecho privado —por ejemplo, las Cajas de

Seguridad Social— algunos servicios públicos. En el seno mismo de los servicios tradicionales, el empleo de procedimientos de derecho privado va en aumento.

En síntesis, aparece, pues, que *el servicio público no necesariamente requiere, para su gestión, el derecho administrativo.* El utiliza, según su naturaleza y según el objeto que él persigue, ya sea procedimientos de la gestión privada, es decir, del derecho civil y comercial, ya sea aquellos de la gestión pública, es decir, los del derecho administrativo. Y éstos extienden su dominio más allá del campo de los servicios públicos.

En estas condiciones ya no es posible encontrar en la noción de servicio público, ni el campo de aplicación del derecho administrativo ni su principio de explicación, ya que las necesidades del servicio público pueden, según el caso, recibir satisfacción tanto por el derecho privado como por el derecho público. Parece ser que los recientes esfuerzos [16] por tratar de restaurar la noción en su rol anterior tropieza con una evolución que sobrepasa, en mucho, los problemas puramente jurídicos.

31. — C. **Las soluciones de reemplazo.** ¿Es acaso posible encontrar otro principio general, a partir del cual organizar el conjunto del derecho administrativo? Algunos autores lo han ensayado, apoyándose sobre indicaciones suministradas por la jurisprudencia.

1º *¿La noción de interés general* podría jugar el rol que anteriormente se atribuía a la de servicio público?[17] Esta idea que en un momento adelantó Waline, y que luego la abandonó, se enfrenta a objeciones muy graves. Es cierto que la noción de interés general guía toda la acción administrativa; pero precisamente ella la guía sean cuales sean los procedimientos jurídicos por los cuales esta acción se ejerza: es el interés general quien dicta la sumisión de los servicios industriales y comerciales al derecho privado. La noción de interés general no puede por lo tanto servir para caracterizar al derecho administrativo.

[16] *Cf.* a saber, Latournerie, *E.D.C.E.*, Nº 14, p. 61, s.; J. Chevallier. "Essai sur la notion juridique de service public", *Publications de la Faculté de Droit d'Amiens*, 1977, p. 137.

[17] Waline: *Préface au jurisclasseur administratif.*

2º La noción de *potestad pública,* combinada con la de *poder ejecutivo* ha sido avanzada por el decano Vedel.[18] Sobre la base de la Constitución de 1946, él definía el derecho administrativo como el cuerpo de reglas autónomas aplicables a la actividad del poder ejecutivo que comportan el ejercicio de la potestad pública. La Constitución de 1958 lo condujo a descartar, de esta definición la referencia a la noción de poder ejecutivo; el derecho administrativo, es "el derecho común de la potestad pública". La fórmula es aceptable si se la engloba, como lo hace el autor bajo el término "potestad pública", no solamente las prerrogativas de la administración, sino también el conjunto de reglas derogatorias del derecho común que caracterizan su acción; pero de esta forma, se separa de la noción clásica de potestad pública.

3º En causa desesperada, algunos han creído poder renunciar a todo ensayo de síntesis e incluso a condenar los esfuerzos hechos en este sentido, marcado según ellos, de un intelectualismo contrario a los datos de la realidad, la cual es demasiado cambiante y demasiado particular para poder plegarse a la sistematización. Este *existencialismo jurídico* [19] conduciría si lo aceptamos, a la negación misma del derecho.

4º Más recientemente, Chapus ha propuesto una distinción entre criterio fundamental del derecho administrativo —que sería el servicio público—, criterio de la competencia del juez administrativo: que sería la potestad pública (*R.D.P.,* 1968, p. 235; *cf. La crítica de esta teoría,* por P. Amselek, *A.J.,* 1968, p. 492).

32. — D. **La solución propuesta.**[20] El derecho administrativo no puede llenar su función social si no es inteligible y conocible; esto exige, contra el existencialismo jurídico y a pesar de las dificultades de la tarea, la realización de esfuerzos para organizarlo de manera sistemática.

---

[18] Vedel: "Les bases constitucionnelles du droit administratif", *E.D.C.E.,* Nº 8, p. 21; *Der. Adm.,* 5º Ed., p. 17; para una crítica de esta teoría, *cf.* Eisenmann. "La théorie des bases constitucionnelles du droit administratif", *R.D.P.,* 1972, p. 1345. Para un estudio general, Rousset: *L'idée de puissance publique en droit administratif français,* 1960. *Cf.* también Timsit: *La notion administrative en droit administratif français,* 1962.

[19] Chenot: "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État", *E.D.C.E.,* Nº 4, p. 77 y s.; Rivero: "Apologie pour les faiseurs de systèmes", *D.,* 1951, Chr., p. 99.

[20] Rivero: "Existe-t-il un critère du droit administratif?", *R.D.P.,* 1953, p. 279.

Pero para ello no es de ninguna manera necesario proceder a esta sistematización a partir de una *noción única.* En ninguna otra rama del derecho se ha tratado de realizar esta reducción a la unidad; es alrededor de varias ideas directrices, y no de una sola, que el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho del trabajo, han llegado al alto grado de organización científica que poseen. Si el derecho administrativo se ha orientado hacia otra vía, no ha sido en virtud de una necesidad lógica, sino porque el problema teórico de su elaboración se ha confundido con el problema práctico de la competencia del juez administrativo: se deseaba un principio único para determinar esta competencia, lo que hubiese simplificado la tarea de los recurrentes. Esto ha conducido a la búsqueda, entonces, de una noción clave que rinda cuenta de todas las particularidades del derecho administrativo.

Ahora bien, esas particularidades, fuera de los casos donde ellas se explican por el hecho de que el derecho administrativo debe tratar cuestiones que no se plantean en otras ramas del derecho, por ejemplo, la organización de las colectividades, parecen vincularse a *dos órdenes de ideas opuestas.*

Por una parte, las reglas del derecho administrativo se diferencian de las reglas del derecho privado en que ellas confieren a los órganos públicos poderes que no podrían existir en las relaciones entre particulares: es el conjunto de prerrogativas de la potestad pública.

Pero en el sentido opuesto, el derecho administrativo impone frecuentemente a la administración, obligaciones mucho más estrictas que aquellas que el derecho privado hace pesar sobre los particulares. Por ejemplo, éstos eligen libremente el objetivo de sus actividades, mientras que la administración está restringida a la búsqueda del solo interés general; aquéllos escogen libremente a sus contratantes, mientras que para la administración, esta escogencia se hace, en general, en base a procedimientos de designación automática. Podríamos multiplicar los ejemplos de estas derogaciones del derecho común que hacen a la administración, no más poderosa, sino más ligada que los particulares entre ellos.

La casi totalidad de las reglas del derecho administrativo puede reducirse a una u otra de estas derogaciones del derecho privado —derogaciones en más, derogaciones en menos— y que pueden explicarse, además, unas y otras, por las necesidades del

interés general, y a veces por las del servicio público. De modo entonces, que completaremos la definición dada arriba en el Nº 16, de la siguiente manera: *Las reglas de derecho administrativo se caracterizan en relación con las del derecho privado, sea porque ellas confieren a la administración prerrogativa sin equivalente en las relaciones privadas, sea porque ellas imponen a su libertad de acción, sujeciones más estrictas que aquellas a las que están sometidos los particulares entre ellos.*

PRIMERA PARTE

LOS SUPUESTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

Desde el punto de vista jurídico, la primera realidad de la acción administrativa es la existencia de las *personas públicas,* a través de las cuales esta acción se ejerce (Título I). *La regla de derecho* le asigna su fundamento y su límite (Título II). En este esquema, las personas públicas manifiestan su voluntad por medio de *actos jurídicos* (Título III). El *juez* controla su conformidad con el derecho (Título IV) y sanciona los daños causados a otros mediante la *responsabilidad administrativa* (Título V).

TITULO I

TEORIA GENERAL DE LAS PERSONAS PUBLICAS

33. — **La personalidad moral en derecho administrativo.** La existencia de personas morales no es propia del derecho administrativo, pero en él adquiere una importancia particular. En las relaciones de derecho administrativo, en efecto, el administrado, puede ser una persona física o una persona moral privada, por ejemplo, una sociedad; en cambio, *la Administración siempre está representada por una persona moral;* los agentes públicos desaparecen detrás de las colectividades en nombre y por cuenta de las cuales ellos actúan; no es su situación jurídica personal, sino la de esta persona moral, la que se encuentra modificada por sus actos. Toda relación de derecho administrativo supone entonces, necesariamente, al menos la presencia de una persona moral; en derecho privado, tal presencia no es, en ningún modo, necesaria. Hace falta entonces dar una visión de conjunto del fenómeno de la personalidad moral aplicado al derecho público.

CAPITULO I

La personalidad moral

34. — El problema de la personalidad moral.[1] La civilización occidental, esencialmente humanista, hace coincidir en principio, la cualidad de persona humana y la de sujeto de derecho. La personalidad moral hace fracasar esta coincidencia: ella consagra la existencia de sujetos de derecho que no son personas humanas.

Es esta particularidad la que explica las discusiones durante largo tiempo mantenidas entre aquellos que afirmaban que las personas morales eran personas *reales* y aquellos que veían en ellas simples *ficciones*. Inconscientemente unos y otros partían de la idea que los sujetos de derecho son normalmente las personas humanas; de allí los esfuerzos de los partidarios de la "realidad" por asimilar contra todo buen sentido, persona moral y persona física, de allí las conclusiones de aquellos que constatando la diferencia evidente entre personas físicas y personas morales, negaban a éstas toda realidad.

Este debate académico tenía un alcance muy práctico, e incluso político: si las personas morales son realidades, entonces el Estado no es libre de crearles o de suprimirlas: ellas se le imponen. Si por el contrario ellas son puras ficciones el Estado es entonces el gran señor. En las luchas desarrolladas, al final del siglo XIX, en Alemania y luego en Francia, alrededor de las personas morales de carácter religioso, principalmente de las congregaciones, las dos tesis justificaban actitudes opuestas.

Esta manera de plantear el problema lo ha oscurecido considerablemente. La historia enseña en efecto, que la unión entre la personalidad humana y la personalidad jurídica no es constante ni

[1] Michoud et Trotabas: *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 3ª edic., 1932.

necesaria: civilizaciones enteras han conocido sujetos de derecho que no eran hombres, y a negado a algunos hombres, por la esclavitud, la cualidad de sujetos de derecho. La experiencia muestra igualmente que la personalidad jurídica puede existir sin los atributos de la personalidad humana, razón, libertad, voluntad: el recién nacido es sujeto de derecho e igual el demente.

La cualidad de sujeto de derecho, la aptitud a la vida jurídica, es pues, una cualidad abstracta que cada civilización vincula a las realidades que juzga dignas de la protección del derecho. La persona humana, en nuestra civilización, es la principal de estas realidades, pero otras, como los intereses colectivos, empresas y comunidades, pueden beneficiarse de la misma protección.

De allí la definición de Waline quien ve, en la persona moral, un *centro de intereses jurídicamente protegidos.*

35. — **Los elementos de la personalidad moral.** En toda persona moral hay dos series de elementos.

En primer lugar, la *realidad de base* que hace falta proteger, es decir, una suma de intereses que no podrían reducirse a intereses individuales. En la mayoría de los casos, estos intereses corresponden a la existencia de un grupo humano que posee una cierta homogeneidad (habitantes de una comuna). A veces tienen una realidad objetiva, pero sin que una comunidad se haya formado alrededor de ellos (intereses de indigentes, de enfermos).

El segundo elemento es el *procedimiento jurídico utilizado para proteger esos intereses.* Es completamente falso decir que consiste en tratarlos como los de una persona humana. En realidad, el otorgamiento de la personalidad moral tiene un efecto triple:

1. Todos los actos que conciernen a los intereses en cuestión son vinculados *a un solo y mismo centro* erigido en sujeto de derecho: es la persona moral.

2. A este sujeto se le reconoce *permanencia,* a pesar de la renovación incesante de los individuos interesados.

3. Unos órganos son creados para actuar en nombre del sujeto de derecho.

36. — **Personas morales y personas físicas.** Ya podemos percibir las diferencias que las separan en el terreno jurídico.

1. La persona moral escapa a la precariedad de las personas humanas, su duración no está limitada por la muerte natural.

2. Mientras que la persona humana es libre y puede perseguir cualquier objeto lícito, la persona moral no puede actuar sino en función de los intereses del servicio para los cuales ella es creada: es el principio de la *especialidad de las personas morales.*[2]

3. La personalidad jurídica la adquiere, de pleno derecho, toda persona humana; por el contrario, sólo son llamados a la vida jurídica los intereses juzgados dignos de una protección especial. Es entonces la intervención de la autoridad pública la que en principio, otorga la existencia de la personalidad moral, sea directamente, sea fijando las condiciones que los particulares deberán satisfacer para crear una persona moral de un cierto tipo (ley sobre las asociaciones, sobre las sociedades). Sin embargo, se admite que el otorgamiento de la personalidad moral por la ley pueda ser tácito: es suficiente que haya consagrado la existencia de un grupo y la licitud de su acción para que éste acceda de pleno derecho a la personalidad moral (Cas. civ. 28 de enero de 1954. D. 1954, J. 217).

4. Mientras que todas las personas físicas gozan normalmente de la misma capacidad, la de las personas morales puede ser más o menos amplia, quedando el legislador con potestad para graduar la protección que él acuerda.

J. C. Douence: "La spécialité des persones publiques", *R.D.P.*, 1972, p. 753.

CAPITULO II

LAS DIVERSAS PERSONAS MORALES

La distinción fundamental es entre personas morales de derecho privado y personas morales de derecho público. Aunque las primeras dependan de otras disciplinas diferentes del derecho administrativo es necesario analizarlas aquí, someramente (§ 1) por dos razones: es en relación con ellas que se afirman los caracteres propios de las personas de derecho público; y algunas de ellas interesan en forma primordial a la acción de la administración, sea por los controles que ésta ejerce sobre ellas, sea por la utilización que la administración hace de ellas, principalmente, para su acción económica.[3] Finalmente convendrá, luego de haber caracterizado a las personas públicas (§ 2), mostrar el acercamiento que tiende a producirse entre unas y otras (§ 3).

§ 1. Las personas morales de derecho privado

37. — A. **Caracteres generales.** Todas las personas morales de derecho privado tienen en común los razgos siguientes, que las oponen a las personas públicas.

1º Su *creación* resulta en principio de la iniciativa privada. La ley se limita a determinar las condiciones de esta creación; los particulares ponen en marcha las posibilidades que les son así ofrecidas.

2º La libertad que preside la creación se encuentra igualmente en la *pertenencia al grupo*: nadie está obligado a adherírsele, y nadie puede ser constreñido a permanecer en él.

[3] Negrin: *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, 1971.

3º *La capacidad de las personas morales,* variable según su naturaleza, está siempre limitada a actos de derecho privado; ella excluye, normalmente toda prerrogativa de potestad pública.

38. — B. **Principales tipos.** Estos razgos comunes dejan subsistir profundas diferencias de régimen entre las diversas personas privadas. La distinción esencial deriva del carácter *lucrativo o no lucrativo* del objetivo perseguido.

1º *Las personas morales con fin lucrativo* son las sociedades civiles y mercantiles; todas se caracterizan por la búsqueda de un beneficio pecuniario. Ellas han sido las primeras en conocer el favor del legislador del siglo XIX. Hoy en día aún, ellas se benefician de una capacidad muy extensa. Estas constataciones se explican por la filosofía del Estado liberal, que lo presionaba a facilitar al máximo la búsqueda del beneficio, y por la evolución de la técnica, que exigía la concentración de capitales para permitir a las empresas la utilización de medios poderosos, pero onerosos, que esa técnica ofrecía. En el momento actual, este favorecimiento ha dado lugar al control cada vez más estricto de estas personas con fin lucrativo, el cual puede llegar hasta la asociación, en el caso de las sociedades anónimas, de capitales y de capitales privados (economía mixta), o inclusive, en el límite, hasta la nacionalización, o también a la creación, por las personas públicas, de sociedades, que permanecen, según su forma como personas privadas, poseyendo así, una mayor libertad de acción.

2º *Las personas morales con fin no lucrativo.* No han sido admitidas sino tardíamente por el legislador francés. En su conjunto su régimen es más severo que el de las personas con fin lucrativo.

Este recelo tiene causas históricas: el individualismo revolucionario condenaba los grupos en los cuales el hombre puede alienar una parte de su personalidad; la mayoría de los regímenes del siglo XIX temían que la libertad de asociación permitiera el reagrupamiento de los opositores; en fin, el liberalismo económico denunciaba el fenómeno llamado de las manos muertas: las personas morales desinteresadas atraen las donaciones, sus patrimonios tienden a inflarse, y su carácter perpetuo lleva a poner los

bienes así acumulados fuera del circuito económico normal. Fue necesario llegar al final del siglo XIX para que cediesen estos divesos elementos de hostilidad. El desarrollo del régimen democrático, y el retroceso del individualismo en una sociedad donde la agrupación constituía un medio idóneo para atacar los nuevos problemas que se le planteaban al hombre, han llevado al legislador a autorizar el desarrollo de las personas morales con fin no lucrativo. Sin embargo, sus regímenes, que varían según sus objetos, son menos liberales, en su conjunto, que los precedentes. Entre ellas se distinguen:

a) *Los sindicatos profesionales* (ley del 21 de marzo de 1844, C. trav., L. Libro IV, título I). Son agrupaciones que tienen por objetivo la defensa de los intereses profesionales; ellos se benefician de un régimen particularmente favorable. Su estudio forma parte del derecho del trabajo. Ellos interesan al derecho administrativo por numerosos puntos: extensión del derecho sindical a los funcionarios públicos, y rol de los sindicatos de funcionarios en lo que concierne al régimen de la función pública; participación de los sindicatos en numerosos organismos administrativos, asociación de sindicatos al ejercicio del poder reglamentario en materia de régimen del trabajo por el procedimiento de la convención colectiva, etc.[4]

b) *Las asociaciones* (ley del 1º de julio de 1901).[5] Son agrupaciones que los individuos pueden crear libremente siempre que persigan un objetivo legal y no lucrativo. Si desean desarrollar su acción obteniendo la personalidad moral, ésta les es dada por el solo hecho de su *declaración* en la prefectura; pero la capacidad de las asociaciones declaradas permanece limitada. Para aumentar esta capacidad la asociación debe obtener *el reconocimiento de utilidad pública:* acordada por decreto y que se acompaña de un control particular. Durante largo tiempo la administración no se ha ocupado de las asociaciones, sino para vigilarlas, en los límites fijados por la ley; hoy en día es frecuente ver a la administración confiar tareas de interés general a asociaciones, que ella somete entonces, a un control más estricto.[6] A menudo incluso, la crea-

[4] M. Bazex: *L'administration et les Syndicats,* 1973.
[5] J. Rivero: *Les libertés publiques,* T. 2, 1980, p. 363 y s.
[6] J. M. Garrigou-Lagrange: *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics,* 1970; *Les associations,* 1976.

cion de una asociación de la ley de 1901 es un procedimiento al que recurren las personas públicas para actuar en campos en que se requiere mayor flexibilidad que la permitida por los procedimientos administrativos. A las asociaciones propiamente dichas, deben aproximarse diversos tipos de agrupaciones que la Ley somete a un régimen particular, sea más severo (congregaciones religiosas, asociaciones entre extranjeros), sea más liberal (sociedades mutualistas).

c) *Las fundaciones.* Un particular afecta un patrimonio a una función desinteresada, y organiza la gestión de este patrimonio en vista a esa función. La obra no puede funcionar si no obtiene la personalidad. Es un decreto el que se le acuerda, declarándola de utilidad pública. Las fundaciones en Francia, entran pues, en la categoría de "establecimientos de utilidad pública". Se notará que aquí, la declaración de utilidad pública crea la personalidad mientras que en materia de asociaciones, no hace sino acrecentar la capacidad. Actualmente se realiza un esfuerzo para facilitar y desarrollar la iniciativa privada en este campo.[7]

§ 2. Las personas morales de derecho público

39. - A. Caracteres generales. Estos se oponen radicalmente a los de las personas morales de derecho privado.

1º La *creación* de personas de derecho público no es nunca el resultado de la iniciativa privada; es la autoridad pública, sola, la que procede.

2º Los particulares no tienen ninguna *libertad de adhesión;* tan pronto cumplan ciertas condiciones de hecho, se vinculan *ipso facto* a la persona pública. Fijar el domicilio es hacerse parte de la comuna, y del departamento, en los que el domicilio está situado. La pertenencia a esas colectividades se deriva de ello necesariamente.

3º Los *fines* asignados a las personas públicas no son de orden privado: siempre les es confiada la satisfacción de algún inte-

[7] Pomey: "La fondation de France", *A.J.*, 1969, p. 237; "L'acte de fondation en droit français", *E.D.C.E.*, Nº 21, p. 27.

rés general. De esto resulta que estas personas no persiguen nunca un fin puramente lucrativo; la realización de un lucro no podría justificar por sí sola la creación de una persona pública, ni siquiera en el orden económico.

4º La *capacidad* de las personas públicas, si ella varía, se extiende siempre más allá de los medios de acción del derecho privado; y tienen a su disposición prerrogativas de potestad pública: poder de expropiar, de gravar, y de actuar por vía de autoridad.

40. — B. **Principales tipos.** Las personas públicas se clasifican en dos grandes categorías:

1º Las principales, desde el punto de vista de la organización administrativa, corresponden a las *colectividades territoriales*, grupos humanos ligados por la vida en común sobre un mismo suelo; tales son el Estado, personificación jurídica de la comunidad nacional; y también el departamento y la comuna. En principio, su campo de acción, se extiende al conjunto de los intereses generales de la colectividad, tal como los define la ley. El principio de especialidad, en lo que las concierne; se comprende pues, como una especialidad geográfica.

2º Una segunda categoría engloba a las personas públicas encargadas de buscar satisfacción a una necesidad pública única y netamente diferenciada. Algunas funciones de interés general requieren por su naturaleza de la creación de una persona moral como mejor medio de cumplir esas fuciones. El legislador confía por tanto a una persona creada *ad hoc*, la satisfacción de una necesidad pública determinada: estas personas públicas especializadas forman la categoría de los *establecimientos públicos* (*infra*, Nº 484 y ss.). Según que la función que les sea confiada interese a la nación entera, al departamento, o a la comuna, los establecimientos públicos se vinculan a la colectividad correspondiente, y se ubican bajo su control (establecimientos públicos nacionales, departamentales y comunales).

Inicialmente, los establecimientos públicos aseguraban la gestión de servicios públicos de orden social (hospitales) o intelectual (Universidades); posteriormente, el procedimiento ha sido utilizado para los servicios públicos industriales y comerciales

(Electricidad de Francia). También ha sido aplicado a ciertos servicios de organización y de representación profesional (Cámara de Comercio, de Agricultura). En fin, el legislador desde hace algunos años, ha calificado como establecimiento público a personas morales que reagrupan colectividades, comunas o departamentos, con miras a resolver sus problemas comunes (*infra,* Nº 487). Esta multiplicidad de aplicaciones ha llevado a una gran diferenciación en el régimen jurídico de los diversos establecimientos públicos.

§ 3. La evolución de la distinción entre personas morales, públicas y privadas

41. — **La tendencia al acercamiento.**[8] La distinción que acabamos de exponer permanece fundamentalmente exacta. Pero su aplicación ha despertado siempre dificultades en algunos casos límites: es el problema clásico de primera distinción entre el *establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública.* En la práctica, es muy difícil a veces, de decir si una persona moral (por ejemplo, un hospicio, una caja de ahorros, etc.) pertenece a una u otra categoría. Sobre esta distinción *cf. infra,* Nº 491.

Actualmente, un movimiento mucho más profundo tiende a acercar las dos categorías hasta el punto de hacer aparecer situaciones intermedias.

A. — *Respecto de las personas morales privadas.* 1º En cuanto al fin. Desde hace tiempo ya, el régimen de la concesión de servicio público llevaba a confiar a personas privadas la gestión de un servicio público. Bajo formas renovadas, este estado de cosas se ha desarrollado ampliamente: es frecuente ver hoy en día personas morales privadas asumiendo la gestión de un servicio público (*infra,* Nº 447).

2º En cuanto a la *creación.* La autoridad pública toma frecuentemente la iniciativa de crear ella misma una persona moral privada, asociación, fundación, sociedad, con el fin de dar mayor flexibilidad a su acción en el campo confiado a este organismo.

---

[8] Spiliotopoulos: *La distinction des institution publiques et des institution privées en droit français, tesis,* París, 1959.

Así la Fundación francesa de las Ciencias Políticas (Ord. del 9 de octubre de 1945), la Asociación francesa por la productividad, etc.

3º En cuanto a la *composición*. Las personas públicas se asocian a menudo con particulares en el marco de una persona moral privada: es el caso, de las sociedades de economía mixta, cuyas acciones pertenecen en parte a inversionistas privados, y en parte a personas públicas. En el caso extremo, los particulares pueden ser totalmente excluidos sin que la persona moral privada pierda su carácter. Es el caso de las sociedades nacionales en las cuales el Estado detenta todas las acciones (*infra*, Nº 506).

4º En cuanto a los *medios de acción*. Algunas personas morales privadas reciben prerrogativas de potestad pública, en razón del interés general que se vincula a su acción: ellas pueden beneficiarse de la expropiación, recuperar las cotizaciones de sus afiliados por vía autoritaria, y dictar reglamentos como las autoridades públicas. A veces también, participan en la acción de los órganos públicos; así, asociaciones cuyo objeto es la protección de la naturaleza y del medio ambiente (ley del 10 de julio de 1976, Art. 40). Se llega, por diversas vías, a la categoría intermedia de *personas privadas de interés general* (C. E. 20 de diciembre de 1935, Sté. des Établissements Vezia, *Gr. Ar.*, p. 227).

B.— *Respecto de las personas morales de derecho público.* El hecho característico aquí es el desarrollo de establecimientos públicos cuyas actividades, análogas a las que se pueden proponer los particulares, tienen por efecto, someterlas, en gran parte, al derecho privado; es el caso de los establecimientos de carácter industrial y comercial.

C.— El acercamiento que se ha efectuado ha tomado todo su relieve con la creación, por el legislador, de personas morales a las que ha encomendado, sin precisar su naturaleza, la organización y la disciplina de las profesiones. Unas (Comités de organización) desaparecieron con el régimen de Vichy que las había creado; pero las otras (las Ordenes profesionales de los médicos, arquitectos, etc.) se han mantenido. El Consejo de Estado no ha querido solucionar el problema de la naturaleza pública o privada de estos organismos; se ha limitado a afirmar el carácter de servicio público de la misión confiada a ellos, rehusándoles sin embargo, la calidad de esta-

blecimiento público (C.E. 31 de julio de 1942, Monpeurt, *Gr. Ar.* p. 266, para los comités de organización; 2 de abril de 1943, Bougen *Gr. Ar.*, p. 273, para las órdenes profesionales). La doctrina está dividida, algunos ven en ellas, personas privadas encargadas de un servicio público, otros ven personas públicas de nuevo tipo.[9] Esta última concepción puede apoyarse además, sobre la creación, por el legislador, de otros organismos públicos a los que rehúsa calificar de establecimientos públicos, pero otorgándoles personalidad: Agencia France Press (ley del 10 de enero de 1957), "Conjuntos urbanos" (ley del 10 de julio de 1970), etc. De este modo podría confirmarse la existencia de una nueva categoría de personas públicas innominadas.

9 Eisenmann: "L'arrêt Montpeuir: Légende et réalité", *Mélanges, Mestre*, p. 221.

TITULO II

LA REGLA DEL DERECHO

42. — **Visión de conjunto.** La sumisión de la administración al derecho se vincula, como se ha visto, a un cierto tipo de civilización, y responde a la voluntad de proteger a los individuos contra la arbitrariedad a la cual estarían expuestos si la administración no estuviera ligada por alguna regla preestablecida. Pero, al mismo tiempo, ella sirve a la coherencia de la acción administrativa, que estaría amenazada si los agentes públicos estuviesen abandonados a su inspiración personal. Ella significa, entonces, la síntesis entre las exigencias opuestas de la libertad de los administrados y de la eficacia de la administración. En la regla de derecho, la acción administrativa encuentra a la vez su motor y su límite: su motor, en cuanto a que la regla de derecho, al distribuir las competencias, da a cada agente el título que lo habilita para actuar, le asigna los objetivos a lograr, y le confiere los poderes necesarios; y su límite, en cuanto a que la acción administrativa no puede emprender nada en contra de la regla de derecho.

Conviene precisar, por una parte, la naturaleza de las reglas a las que la administración está sometida —es el problema de las *fuentes del derecho administrativo*—, y por otra parte, el alcance exacto de la sumisión de la administración al derecho: es el *principio de la legalidad.*

CAPITULO I

LAS FUENTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

43. — **Definición.** Se entiende por *fuentes del derecho,* los procedimientos mediante los cuales se elaboran las reglas de derecho. Existe, en efecto, para "hacer derecho", diversas técnicas pero en número limitado: la elaboración espontánea, que conduce a la regla *consuetudinaria;* la elaboración por la autoridad pública, que conduce a la *regla escrita,* de la que la ley es el prototipo; en fin, la elaboración por el juez, que conduce a la *regla jurisprudencial.* Los diversos sistemas jurídicos —según el tiempo y el país— recurren de manera muy desigual a estos procedimientos, acordándole preponderancia a uno o a otro.

En principio, es la Constitución la que determina las autoridades competentes para dictar las reglas de derecho. Pero la práctica puede invalidar, o al menos completar, las previsiones constitucionales. Es esto lo que ocurre en Francia con el derecho administrativo, donde al lado de las reglas escritas, ley y reglamento, elaboradas por las autoridades constitucionales, las reglas jurisprudenciales, cuya existencia es ignorada por diversas constituciones, han tomado un desarrollo muy superior al que tienen en derecho privado. Por otra parte, las fuentes escritas, y principalmente la distinción entre la ley y el reglamento, han sido objeto, en la Constitución de 1958, de reformas considerables que imponen un examen profundo. Se estudiará por lo tanto, en las cuatro secciones de este capítulo, las generalidades relativas a las fuentes escritas, la distinción entre ley y reglamento, el régimen propio de los reglamentos y en fin, las fuentes no escritas.[1]

[1] Ch. Debbasch: "Les sources du droit administratif, permanence et novation", *D.,* 1971, Chr., p. 255.

SECCIÓN I. Las fuentes escritas. Generalidades

44. — Enumeración. Son, la Constitución, la ley, los tratados internacionales regularmente ratificados a los que la Constitución (Art. 54) reconoce "una autoridad superior a la ley", y los reglamentos.

La *Constitución* es la fuente, directa o indirecta, de todas las competencias que se ejercen en el orden administrativo. Pero además, ella contiene un cierto número de disposiciones fundamentales que interesan a la acción administrativa y que por tanto se imponen a ella, bajo una reserva: la obligación de conformidad a la Constitución no es sancionada, sino en caso de que el acto administrativo viole *directamente y por sí mismo* la Constitución. Si la inconstitucionalidad que lo vicia se deriva de su aplicación en ejecución de una ley, esa misma inconstitucionalidad permanece sin sanción, ya que no se puede en este caso, censurar el acto, sino criticando la ley. Ahora bien, a ningún juez se reconoce en Francia el poder de ejercer el control de la constitucionalidad de la ley, que la Constitución de 1958 (Art. 61) confía al Consejo Constitucional, requerido, antes de la promulgación, por el Presidente de la República, el primer ministro, el presidente de una de las dos asambleas o, desde la reforma constitucional del 29 de octubre de 1974, por sesenta diputados o sesenta senadores.[2] Bajo la Constitución precedente, la cuestión planteada era saber si los principios establecidos en el Preámbulo tenían valor constitucional. La jurisprudencia para imponer a la administración el respeto de dichos principios, se refería, no a la autoridad formal resultante de su consagración por los constituyentes, sino a su naturaleza de "principios generales del derecho" (*infra*, Nº 73).

La Constitución de 1958 ha mantenido en vigor el Preámbulo de 1946, y la Declaración de 1789 los cuales reafirman. El Consejo Constitucional, en su decisión citada anteriormente del 16 de julio de 1971, reconoció pleno valor constitucional a estas disposiciones, que no se prestan ya a discusión.

---

[2] Este control fue puesto en práctica por primera vez en el caso de una ley que modificaba la ley del 1º de julio de 1901 sobre las asociaciones. El Consejo de Estado en una decisión del 16 de julio de 1971, afirmó la inconstitucionalidad de las principales disposiciones de este texto (*A.J.*, octubre de 1971, y nuestra nota). Sobre la reforma de 1974 (l. Const. del 29 de octubre y l. 26 de diciembre de 1974) *Cf.* Philipp: "L'elargissement de la saisine du conseil constitutionnel", *A.J.D.A.*, 1975, p. 15.

En cuanto a los tratados,[3] éstos se imponen a la administración desde que han sido regularmente ratificados y publicados, y el juez censura la violación de éstos por un acto administrativo, cuando el litigio no afecta ni la interpretación del tratado ni las relaciones de Francia con los otros signatarios (C.E. 30 de mayo de 1952, *dame Kirwkood, R.D.P.*, 1952, p. 781) ni la no conformidad del tratado con la Ley sobre el cual se basa el acto administrativo, cuando la ley es posterior al tratado (C.E., 22 de octubre de 1979, *Union Democratique du Travail, A.J.*, 1980, Nº 1, p. 40, y la nota). La misma regla se aplica a los *acuerdos en forma simplificada* aprobados por el presidente de la República (C.E., 13 de julio de 1965, *St. Navigator, A.J.*, 1965, p. 477).

Sea cual sea la importancia de la fuente constitucional y de las reglas internacionales —acrecentada en lo que concierne a éstas, por el desarrollo de la reglamentación europea, en el marco del Tratado de Roma que creó el mercado común, por las autoridades de la Comunidad económica europea—, las fuentes escritas del derecho administrativo son esencialmente la *ley* y el *reglamento*. La elaboración y el régimen jurídico de la ley competen al derecho constitucional, no al derecho administrativo; por tanto, se estudiará, en las secciones siguientes, la distinción entre la ley y el reglamento, y el poder reglamentario.

45. — La codificación de las fuentes escritas.[4] La abundancia y el enmarañamiento de los textos aplicables a una misma materia hacen a menudo difícil su conocimiento y aplicación. El decreto del 10 de mayo de 1948 ha previsto, para poner fin a este estado de cosas, un procedimiento que permite codificarlos por decreto adoptado en ejecución de una ley. La codificación se limita a una puesta en orden de los textos, con las modificaciones de forma necesarias, pero sin tocar el fondo. Los textos legislativos y los textos reglamentarios, conservando su autoridad respectiva, son ob-

[3] Virally: "Le Conseil d'État et les traités internationaux", *J.C.P.*, 1953, I. 1.098; Heumann: "Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur l'application des traités", *E.D.C.E.*, Nº 7, p. 71; P. De La Pradelle: "Juridiction administrative et droit international", *E.D.C.E.*, Nº 16, p. 13; L. Dubouis: "Le juge administratif et les règles du droit international", *Annuaire de droit international*, 1971, p. 9.

[4] Ardant: "La codification permanente des lois, règlements et circulaires", *R.D.P.*, 1951, p. 35; Ettori: "Les codifications administratives", *E.D.C.E.*, Nº 10, p. 41; Groshens: *D.*, 1958, Chr., p. 157.

jeto, en cada Código, de dos partes,[5] con una numeración distinta de los artículos, precedida de las letras L para la codificación legislativa y R para la parte reglamentaria ej.: Código de los bienes del Estado (*C. du domaine de l'Etat*) artículo L. 6: artículo 6 de la parte legislativa de la codificación de los textos relativos a los bienes del Estado. Desde entonces un gran número de códigos han aparecido, éstos abrogan los textos que ellos reúnen y constituyen, para la materia, el solo documento en vigor, lo cual facilita la búsqueda. *Cf.* por ejemplo: código de la administración comunal, de las elecciones, de minas, de la salud pública, de los tribunales administrativos, etc.

SECCIÓN II. La distinción de la ley y del reglamento

46. — Principio.[6] Dos categorías de órganos tienen en el Estado, competencia para dictar reglas generales: por una parte el legislador, por otra parte algunas autoridades dependientes del poder ejecutivo, a nivel nacional o local. Es esta diferencia de origen la que fundamenta la distinción de la ley y del reglamento: la ley es el acto elaborado por el órgano legislativo, el reglamento es el acto de alcance general elaborado por una autoridad ejecutiva. La distinción se refiere, pues, a la autoridad de la cual el acto emana; ella no es de orden *material,* ya que en los dos casos, se trata de actos que tienen en principio la misma naturaleza de regla general. Así se dice a veces que los reglamentos son "leyes materiales". La fórmula no es enteramente exacta: el parlamento, soberano, puede darle forma de ley a una medida individual. La ley, si bien es, a menudo, un acto de alcance general, no lo es *necesariamente.* El reglamento, en cambio, tiene un alcance general por naturaleza.

De estas definiciones resulta que las relaciones entre ley y reglamento van a variar necesariamente con respecto a las relaciones establecidas por el régimen constitucional entre el poder

[5] A veces, incluso tres, los reglamentos de la Administración Pública y los decretos simples son codificados por separado, bajo las letras R y D.

[6] Carré de Malberg: *La loi expression de la volonté générale,* 1931; Burdeau: "Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français", *Archives de philosophie du droit,* 1939; Maspétiol: "Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français", *E.D.C.E.,* Nº 3, p. 50.

legislativo y el poder ejecutivo. La primacía constitucional del parlamento en relación con el gobierno tiene por corolario la subordinación rigurosa de la regla dictada por éste a la regla votada por el parlamento. Esta subordinación sólo se atenúa cuando el equilibrio de los poderes evoluciona en un sentido favorable al gobierno. Tal es precisamente la evolución que se ha producido en Francia y que debe revisarse para comprender la solución actual. Esta evolución no afecta sino a los reglamentos adoptados a nivel nacional por las autoridades constitucionales, ella no interesa a los reglamentos locales adoptados por las autoridades administrativas, que escapan a los vaivenes de la evolución política, y que se verán más tarde.

§ 1. La distinción clásica

En la concepción democrática inicial, el parlamento, directamente surgido de la voluntad de la nación, es el órgano soberano; el gobierno aun cuando posea atribuciones propias, permanece, respecto de aquél, en una cierta subordinación. Esta situación determina el régimen respectivo de la ley y del reglamento, en el doble sentido de su fuerza jurídica y de su dominio.

47. — A. **Fuerza jurídica.** Obra del parlamento, la ley es la expresión directa de la voluntad general; ella constituye, pues, la regla suprema respecto a la cual todas las demás le están subordinadas, e incluso es regla soberana a la cual todo le es jurídicamente posible. Ciertamente, la Constitución le es teóricamente superior; pero en la tradición francesa, a ninguna autoridad, antes de la creación del Consejo constitucional, se reconocía competencia para apreciar la constitucionalidad de la ley. El reglamento, por el contrario, emanación de una autoridad sobordinada, está sometido a la ley; la tradición constitucional vincula el poder reglamentario a la fórmula que confía al ejecutivo el cuidado de "asegurar la *ejecución de las leyes*". De ello resulta que el reglamento normalmente, no puede ser adoptado sino sobre la base de una ley, para reglar las modalidades de su aplicación; que, por otra parte, no puede ni modificar expresamente la ley, ni contradecirla; y finalmente que el juez puede siempre verificar la conformidad del reglamento a la ley, y censurar la ilegalidad del reglamento.

48. — B. Dominios respectivos. De lo que precede resulta necesariamente, que en la concepción tradicional no era posible asignar a la ley un dominio propio; el legislador, soberano, puede, necesariamente regular cualquier materia y dictar las reglas que considere necesarias.

En este sistema, tampoco puede haber dominio reservado al poder reglamentario, pues su campo es función propia de la ley, respecto de la cual, aquél no puede sino asegurar la ejecución, y el legislador tiene siempre el poder, sea de descender, hasta los detalles de su aplicación, sea de limitarse a plantear los principios, ampliando, por tanto, el campo del poder reglamentario.

Este, sin embargo, se ve totalmente excluido de un cierto número de cuestiones que en virtud, sea de textos constitucionales, sea de la tradición, corresponden integral y exclusivamente al legislador. Se trata de materias que se considera, afectan íntimamente la seguridad de los individuos para que el ejecutivo pueda pretender se le reconozca alguna competencia: la determinación de los delitos y de las penas, el régimen de las libertades públicas, el establecimiento de los impuestos, etc.

§ 2. La evolución de la distinción inicial

Esta se ha producido en varias etapas.

49. — A. Los reglamentos autónomos. Ante todo, ha debido reconocerse al gobierno un *poder reglamentario "autónomo"*, es decir, el poder de reglamentar materias respecto de las cuales el legislador no había considerado necesario regular. En este caso no se podía, evidentemente, vincular el reglamento a la ejecución de *una* ley, ya que, por hipótesis, no existía ninguna en la materia. Se ha creído posible fundamentar este poder en el principio de la ejecución de *las leyes* en general, lo cual exige siempre un mínimo de orden en el Estado: el reglamento autónomo se justificaba por la necesidad de mantener en un campo descuidado por el legislador ese orden, sin el cual se hubiese comprometido el conjunto de la ejecución de las leyes. Esta es la solución consagrada por el Consejo de Estado en la sentencia *Labonne,* del 8 de agosto de 1919 (*Gr. Ar.,* p. 160), a propósito del decreto que constituía el primer "código de carreteras"; los poderes propios del jefe

del Estado lo habilitaban, en este aspecto, para adoptar, incluso en ausencia de la ley, las medidas generales exigidas por la seguridad de la circulación.

50. — B. **Los decretos-leyes.**[7] A partir de 1926, resulta que el legislador no está en capacidad de enfrentar enteramente su misión. La multiplicación de las intervenciones del Estado supone una producción legislativa mucho más abundante que aquella de la época liberal: el procedimiento parlamentario no permite responder al aumento de esas necesidades. Además, la situación económica y política plantea problemas urgentes que exigen soluciones rápidas ante las cuales, la acción del legislador es lenta. En fin, las medidas a tomar imponen a menudo sacrificios que arriesgan o exponen a sus autores a la impopularidad: los parlamentarios están por lo general poco dispuestos a asumir esta responsabilidad.

De allí, se ve aparecer, a intervalos, que se hacen cada vez más breves, una técnica nueva, la de las *leyes de plenos poderes,* mediante las cuales, el Parlamento confiere al gobierno, durante un lapso de tiempo determinado, el poder de realizar por vía reglamentaria todas las modificaciones a las leyes en vigencia que pueda exigir el restablecimiento de la situación. Esta extensión de competencia además de estar encuadrada en un período relativamente breve, está provista de condiciones que buscan, sea el cumplimiento del fin que se persigue (aunque éste está siempre definido en términos muy amplios), sea el procedimiento a seguir (por ejemplo, decretos deliberados en consejo de ministros, obligación de someterlos a las cámaras para su ratificación, etc.).

En este sistema, el acto que modifica la ley es, formalmente, un acto del ejecutivo, sometido por tanto al control del juez; pero desde el punto de vista de su autoridad, adopta las características de la ley. Es por ello, que la práctica le da el nombre de *decreto-ley.*

Es posible dejar de lado en esta evolución, el paréntesis que constituye entre 1940 y 1946, *el régimen de Vichy* y el del *gobierno provisorio de la República.* Uno y otro —por motivos, por cierto, totalmente diferentes— llegaron a reunir, en las manos de la misma

[7] Bajo la III República: Delvolvé: *Les délégations de matières en droit public,* tesis, Toulouse, 1930; Mignon: *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public,* tesis, Lille, 1938.

autoridad el poder legislativo y el poder ejecutivo, restándole así a la distinción entre la ley y el reglamento su fundamento esencial, es decir, la dualidad de órganos y reduciéndola a una simple diferencia de procedimiento, ya que la misma autoridad daba a sus decisiones, la calificación legislativa o reglamentaria. Se llegaba, pues, en la práctica, a una confusión entre las dos categorías.

51. — C. **La Constitución de 1946.**[8] En reacción contra una práctica acusada de haber facilitado la vía al régimen de Vichy, esta Constitución trató de restaurar en su plenitud la soberanía del legislador y regresar a la distinción clásica. Ella proscribía, pues, el procedimiento de los decretos leyes; tal era la significación de su artículo 13: "la Asamblea es la única que dicta la ley; ella no puede delegar este derecho". Pero las necesidades que se habían manifestado entre 1926 y 1940 no cesaron de dejarse sentir, e incluso lo hicieron con mayor fuerza.

Hizo falta, entonces, buscar las fórmulas que permitieran al gobierno modificar la ley, aparentando respetar la letra de la Constitución; de allí una gama extensa de procedimientos que trataban, por artificios de forma o de presentación, cambiar su verdadera naturaleza. A medida que uno se aleja de 1946, estos artificios parecen menos necesarios. Algunos de los procedimientos empleados durante este período conservan, sin embargo, su interés, ya que prepararon directamente las soluciones actuales.

1. *La noción de dominio reservado al poder reglamentario.* El artículo 6 de la ley del 17 de agosto de 1948 trae una larga lista de materias "que tienen *por naturaleza* un carácter reglamentario". Si la ley estatuía sobre estas materias, ello sucedía, por error, y el gobierno tenía siempre la libertad de derogar, de modificar, o de reemplazar las disposiciones en vigor, por decreto adoptado en Consejo de Ministros, previa la opinión del Consejo de Estado. Por esta vía, se llegaba a conferir de manera permanente al ejecutivo el poder de modificar la ley en amplios dominios. Pero desde el punto de vista jurídico, la noción de "materia reglamentaria por naturaleza", despertaba vivas objeciones, por

[8] Pinto: "La loi du 17 août 1948", *R.D.P.*, 1948, p. 517; Chapus: "La loi du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois", *R.D.P.*, 1953, p. 954; A. de Labaudère: "Des pleins pouvoirs aux demis décrets-lois", *D.*, 1952, Chr, p. 35; Soubeyrol: *Les décrets-lois sous la IV*[e] *République*, tesis, Bordeaux, 1955.

cuanto ello parecía contradecir el principio, hasta ese momento indiscutible, de la soberanía del legislador, y de la universalidad de su campo de acción.

2. *Las leyes cuadro.*[9] Se designa con este nombre, a aquellas leyes que, en un campo determinado, se limitaban a definir los principios de las reformas a realizar, a trazar su "marco", y encargaban al gobierno, habilitado para ello, a modificar la ley, procediendo por decreto a realizar aquellas reformas (*Cfr.*, por ejemplo, la ley cuadro del 23 de junio de 1956, en lo que concierne a la reforma del estatuto de los territorios de ultramar).

3. *Las delegaciones de competencia limitadas.* Un dictamen del Consejo de Estado del 6 de febrero de 1953 (*R.D.P.*, 1953, p. 170) ha dado, al artículo 13 de la Constitución, una interpretación muy flexible que permitía eliminar los escrúpulos jurídicos que originaba todavía este texto, y a fundamentar, así, un regreso, al procedimiento del decreto ley, manteniéndolo sin embargo dentro de límites razonables. La ley de habilitación no debía, según este dictamen, conferir al gobierno el poder de regular las materias reservadas al legislador por la Constitución o la costumbre; ella debía, además, evitar en el enunciado de los objetivos asignados a los poderes especiales, de conferirles una generalidad y una impresión que hubiese conducido a transferir, al gobierno, "el ejercicio de la soberanía nacional". En este dictamen se inspiraron —más o menos fielmente— las numerosas leyes de plenos poderes que aparecieron después de 1953 (leyes del 11 de julio de 1953, del 14 de agosto de 1954, del 2 de abril de 1955, del 16 de marzo de 1956 en lo que concierne a Argelia).

4. Debe recordarse, la ley del 3 de junio de 1958, última ley de plenos poderes de la IV República: ella habilita al gobierno del General De Gaulle a adoptar, durante seis meses, "por decretos denominados ordenanzas, las disposiciones juzgadas necesarias para la reconstrucción de la nación, que podrán derogar, modificar o reemplazar" las leyes en vigor. Sin embargo, son excluidas de esta delegación "las materias reservadas a la ley por la tradición constitucional republicana resultante principalmente del

[9] Charpentier: "Les lois-cadres et la fonction gouvernementale", *R.D.P.*, 1958, p. 220.

preámbulo de la Constitución de 1946 y de la declaración de los derechos de 1789"; el texto menciona expresamente: "el ejercicio de las libertades públicas y sindicales, la calificación de los crímenes y delitos, la determinación de las penas, el procedimiento criminal, la ordenación de las garantías fundamentales acordadas a los ciudadanos, la legislación electoral".

§ 3. La distinción entre la ley y el reglamento en la Constitución de 1958

52.— **Principios generales.**[10] La Constitución de 1958 no alteró las definiciones de la ley y del reglamento. Tanto la una como la otra se caracterizan siempre por la autoridad que los elabora: la ley es el acto dictado por el Parlamento (artículo 34); el reglamento es el acto adoptado en ejercicio del poder reglamentario atribuido en principio al Primer Ministro por el artículo 21.

Pero el nuevo equilibrio establecido entre los poderes llevó, como hemos visto, a un fortalecimiento considerable de la autoridad de los órganos tradicionalmente designados bajo el nombre, en adelante impropio, de "ejecutivo", presidente de la República y gobierno: sus competencias exceden ampliamente la sola "ejecución de las leyes". La autoridad del Parlamento sufrió una disminución correlativa.

Esta nueva situación se tradujo en una transformación profunda de las relaciones entre la ley y el reglamento, al menos a nivel de principio. Pero la aplicación práctica de las disposiciones constitucionales ha disminuido sensiblemente su alcance.

53.—A. **El régimen normal.** La transformación esencial afecta los *dominios respectivos* de los dos actos; a la inversa su *autoridad jurídica respectiva* permanece signada por las soluciones anteriores.

[10] Morange: "La hiérarchie des textos dans la Constitution de 1958". *D.*, 1959, Chr., p. 21; P. Durand: "La décadense de la loi dans la Constitution de la V° Republique", *J.C.P.*, 1959. I, N° 1.470; J. De Soto: "La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958", *R.D.P.*, 1959, p. 240; Waline: *R.D.P.*, 1959, p. 699; Bertrand: "Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution", *E.D.C.E.*, N° 13, p. 29; Chapus, Chronique au *D.*, 1960, p. 119; Charlier: "Vicissitudes de la loi", *Mélanges, Mauri*, 1960, T. II, p. 305; L. Hamon: *Chronique*, au *D.*, 1960, p. 253; Lachaume: *La hièrarchie des actes administratifs*, 1966; Vincent: "De l'inutilité de l'article 34". *A.J.*, 1965, p. 564; Luchaire: "Les sources des compétences legislatives et règlementaires". *A.J.*, 1979, N° 6, p. 3.

54. — 1º **Dominios respectivos de la ley y del reglamento.** a. La ley.— Ella podía, en el régimen anterior, intervenir en cualquier materia; en adelante, ella es encerrada en un dominio delimitado por el artículo 34. Este texto enumera limitativamente las materias para las cuales el legislador es competente; distingue, por una parte, aquellas en relación con las cuales la ley "fija las reglas" (por ejemplo: los derechos cívicos, la nacionalidad, la determinación de los crímenes y delitos), y por otra parte, aquellas en relación con las cuales la ley no puede sino "determinar los principios fundamentales" (por ejemplo: organización general de la defensa nacional, enseñanza, derecho del trabajo).

En este "dominio de la ley", el legislador es el único dueño; pero al mismo tiempo, es su prisionero, pues siendo solo competente para regular las materias que le están reservadas, es incompetente en relación con todas las demás.

55.— b. **El reglamento.** Según el artículo 37, "las otras materias diferentes a las del dominio de la ley tienen un carácter reglamentario". El *dominio del reglamento* se deduce pues, *a contrario,* de la enumeración de las materias legislativas establecidas en el artículo 34: y no está limitado sino por esta enumeración. De esto resulta:

—Que la autoridad reglamentaria posee en adelante la competencia de derecho común en lo que concierne a la elaboración de las reglas generales, no ejerciendo el legislador, sino una competencia de atribución.

—Que en las materias reglamentarias, el Gobierno ejerce en principio una competencia incondicionada y regula con una libertad análoga aquellas del legislador, ya que ningún texto de naturaleza legislativa viene a limitar esta libertad.

—Que el nuevo dominio así abierto al poder reglamentario deja sin embargo subsistir su campo de acción tradicional, definido por "la ejecución de las leyes": como en el pasado, le pertenece, en materias legislativas, adoptar los reglamentos que pueda exigir la aplicación de los textos dictados por el Parlamento: pero aquí no ejerce sino una competencia subordinada y limitada.

56. — c. **Sanciones de la delimitación.** Estas son precisas y rigurosas: la Constitución ha previsto un conjunto de procedi-

mientos principalmente destinados a impedir al legislador desbordarse fuera de su dominio:

—Las leyes anteriores a 1958 que hubiesen regulado sobre materias que ahora son reglamentarias, pierden su fuerza propia: ellas pueden ser modificadas por decreto, bajo la sola reserva de la opinión del Consejo de Estado.

—El gobierno puede oponer la inadmisibilidad a toda iniciativa parlamentaria juzgada por él, extraña al dominio de la ley; en caso de desacuerdo, el Consejo Constitucional decide soberanamente a cuál de los dos dominios compete la materia (Art. 41).

—Si el gobierno, no utilizando este procedimiento, estima luego que el texto legislativo que ha permitido dictar invade el dominio reglamentario, el Consejo Constitucional puede todavía ser llamado a pronunciarse, y si su respuesta es afirmativa, la ley podrá ser modificada por decreto (Art. 37, § 2). De esto resulta que de ahora en adelante, la *fuerza legislativa* no se vincula necesariamente a la *forma legislativa*: para que una regla tenga la autoridad de la ley, es necesario no sólo que haya sido votada por el Parlamento, sino que además estatuya en materia legislativa.

A estas sanciones se añade aquella tradicional, que resulta de la posibilidad para el Consejo de Estado, requerido por la vía del recurso por exceso de poder, de anular un reglamento viciado de ilegalidad por el hecho que hubiese regulado una materia reservada al legislador.

57. — d. **Valor práctico de la delimitación**. Las reglas que acabamos de indicar parecen haber producido un vuelco radical. En realidad éste ha sido sensiblemente atenuado, tanto por la Jurisprudencia del Consejo Constitucional como por la práctica gubernamental y parlamentaria.

—El Consejo Constitucional ha dado, de acuerdo con el artículo 34, una interpretación casi siempre favorable a la competencia legislativa. Por otro lado, ha eliminado prácticamente la diferencia entre materias en las cuales la Ley "fija las reglas" y aquellas donde establece "los principios fundamentales", adoptando como criterio general de distribución de competencias, la diferencia entre *la modificación* de disposiciones anteriores, reservadas al Par-

lamento y *su puesta en práctica,* que pertenece al poder reglamentario. Para la aplicación de este criterio se inspiró en la práctica seguida antes de 1958. La Jurisprudencia del Consejo de Estado se orienta en las mismas direcciones.

—Los gobiernos cuando poseen una mayoría parlamentaria, rara vez utilizan los procedimientos de los artículos 41 y 37 (2º). Una voluntad de simplificación los ha llevado frecuentemente a incluir, en sus proyectos de Ley que sabían serían adoptados sin dificultad, disposiciones que deberían haber correspondido a la competencia reglamentaria.

—Sin embargo, si la idea de base de la reforma así interpretada es justa —al legislador, lo que es importante y al reglamento, lo que es accesorio—, la poca precisión de los términos del artículo 34 origina todavía dificultades.[11]

Ella impone, a los órganos encargados de preparar una reforma, un delicado trabajo de diferenciar entre lo que debe aparecer en el proyecto de Ley y lo que corresponderá al decreto. Finalmente, incitando al legislador a aislarse en la esfera de los principios, se corre el riesgo de reducir la Ley a declaraciones de intención que la autoridad reglamentaria, en la etapa de su puesta en práctica que sólo cuenta para los administrados, podrá retardar o hasta deformar.[12]

58.— A. **Autoridad respectiva de la ley y del reglamento.** Sobre este punto esencial, la solución tradicional subsiste amplia-

[11] Un ejemplo reciente de estas dificultades fue la oposición entre el Consejo Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte de Casación para saber si la competencia para adecuar no sólo las penas de multas sino también las penas de prisión, las infracciones a los reglamentos corresponde al legislador (tesis del C.C.) o al poder reglamentario (solución de otras 2 jurisdicciones). Sobre este tema: J. Rivero: "Peines de prison et pouvoir règlementaire", *A.J.D.A.*, 1974, p. 229. Con el texto de las 3 decisiones.

[12] En general sobre estos problemas, el estudio básico es: *Le domaine de la loi et du règlement, vingt ans d'application de la Constitution de 1958,* coloquio de Aix-en-Provence, 1978. *Cf.* también: L. Favoreu y L. Philipp: *Les grandes decisions du Conseil Constitutionnel,* 1975; y las crónicas de la jurisprudencia del C.C., de los mismos autores, en la *R.D.P.*; Franck: *Les fonctions juridictionelles du C.C. et du C.E., dans l'ordre constitutionnel,* 1972; *Les grandes décisions de la jurisprudence, droit constitutionel,* 1978; Cohen: "La jurisprudence du C.C.", *R.D.P.*, 1963, p. 745; Vincent: "De l'inutilité de l'article 34". *A.D.J.A.*, 1965, p. 564; Favoreu: "Le C.C.: Régulateur de l'activité normatives des pouvoirs publics", *R.D.P.*, 1967, p. 5; Mesnard: "Dixans de jurisprudence du C.C.", *A.J.D.A.*, 1970, p. 259.

mente: la ley conserva, en la jerarquía jurídica, una autoridad superior a la del reglamento.

a) La solución es evidente para los reglamentos adoptados no sobre la base del artículo 37, en el dominio reglamentario, sino sobre la del artículo 21, para "asegurar la ejecución de las leyes": sobre este punto la subordinación tradicional del reglamento a la ley permanece entera.

b) Teniendo en cuenta la jurisprudencia analizada *supra*, Nº 57, sucede lo mismo para los reglamentos llamados a regular materias en las cuales la ley, según el artículo 34, fija solamente "los principios fundamentales": aunque lo que excede a estos principios entra en el dominio reglamentario, y el gobierno al estatuir, permanece ligado por la ley que los ha establecido.

c) El mismo principio se aplica a los reglamentos adoptados sobre la base del artículo 37 en las materias exclusivamente reglamentarias. Ciertamente, en estos dominios, el gobierno estatuye con una libertad vecina a la del legislador, ya que no existe, por definición, ninguna ley que rija la materia, y que por lo tanto no encuentra por encima sino una sola regla escrita: la Constitución. Pero su decisión permanece siendo un acto del poder ejecutivo, sometido como tal a la censura del juez, que puede sancionar su irregularidad, y que por esta vía puede sujetarlo al respecto de los principios generales del derecho, *infra*, Nº 75 (C.E. 26 de junio de 1959, *Syndical General des ingenieurs conseils, Gr. Ar.*, p. 484; 12 de feb. de 1960, *Ste Eky, D.* 1960, p. 263).
Por el contrario, la ley escapa, apenas promulgada, a todo control, aun cuando pueda ser sometida al Consejo Constitucional en el curso de su elaboración. Ella permanece, pues, en su dominio, siendo un acto soberano, mientras que el reglamento, incluso en el suyo, no posee jamás esta cualidad: a diferencia de la ley el reglamento no deja de ser incuestionable.

d) En resumen, el reglamento permanece *subordinado a la ley*, en todas las materias en las que las dos competencias, reglamentaria y legislativa son llamadas a ejercerse; éstas son, tomando en cuenta la Jurisprudencia del Consejo Constitucional, las más numerosas en la práctica. Incluso cuando no le está subordinada, en las materias de las cuales está excluida toda compe-

tencia legislativa, él permanece siendo *inferior* en cuanto a su fuerza jurídica.

e) Esta conclusión, jurídicamente indiscutible, provoca, sin embargo, algunas reservas desde el punto de vista de la práctica. La ley, cuando ella se limita a fijar los principios fundamentales, lo que es frecuente, no puede recibir aplicación, sino cuando el reglamento ha sido dictado para traducirla concretamente. Es particularmente cierto en lo que concierne a las leyes llamadas *"de orientación"*, que conllevan, en una gran parte, declaraciones de intenciones sin alcance inmediato.[13] En estos casos, el Parlamento concientemente o no, remite a los reglamentos la tarea de encontrar medios para convertir las fórmulas verbales en aplicaciones prácticas. En estas hipótesis, es del poder reglamentario que depende en definitiva, la puesta en aplicación de la ley, lo que contradice el principio de la supremacía jurídica de ésta (*infra*, Nº 67, 1º). Pero la elaboración de los reglamentos es muchas veces extremadamente lenta.[14] Además, también ocurre que ellos no traducen sino de manera imperfecta la intención del legislador, cuando no ocurre que sea alterada voluntariamente.

59. — B. **Los regímenes excepcionales: las ordenanzas.**[15] Si el gobierno en el marco del régimen normal que se acaba de analizar, no puede en el dominio legislativo intervenir por la vía reglamentaria sino para asegurar "la ejecución de las leyes", él no queda sin embargo excluido de manera permanente: el artículo 38 constitucionaliza y organiza, en el marco del nuevo régimen la antigua práctica de las leyes de habilitación y de los decretos leyes (*supra*. Nº 50). Para la ejecución de su programa el gobierno puede pedir al Parlamento la sanción de una ley que lo autorice a tomar, durante un lapso limitado, medidas que competen normalmente al dominio de la ley.

60. — 1. **Las condiciones de la habilitación.** En cuanto a la forma, las decisiones tomadas por el Gobierno en virtud de la habilitación toman el nombre de *Ordenanzas*: deliberadas en Consejo de ministros con opinión del Consejo de Estado, ellas

[13] *Cf.* por ejemplo la Ley de orientación del Comercio y de la Artesanía, del 27 de diciembre de 1973, Título Iº; Mesnard: "La notion de loi d'orientation sous la Vº Republique", *R.D.P.*, 1977, p. 1139.
[14] Guibal: "Le retard des textes d'application des lois", *R.D.P.*, 1974, p. 1039.
[15] Touscoz: "La notion d'ordonnance", *Études de Droit Public*, 1964.

deben (Art. 13) ser firmadas por el Presidente de la República. En cuanto al fondo, la ley de habilitación delimita el campo abierto a la acción gubernamental en el dominio legislativo. Según la tradición de los regímenes anteriores, la ley de habilitación del 4 de febrero de 1960 ha procedido mediante definición de los objetivos asignados a esta acción, en términos por cierto sumamente amplios. El procedimiento ha sido de nuevo aplicado por la ley del 22 de junio de 1967, pero el campo abierto a la competencia del gobierno ha sido delimitado, esta vez con más precisión.

A las condiciones que se derivan del artículo 38, el legislador puede añadir otras: así, en la ley del 4 de febrero de 1960 la habilitación fue acordada al gobierno en función, lo que implicaba su caducidad en caso de cambio de gobierno; la ley exigía, para las ordenanzas, la firma del General De Gaulle, lo que implicaba que un cambio de Presidente de la República hubiese constituido otra causa de caducidad; en fin, la autorización sería cancelada en caso de disolución de la Asamblea. La habilitación, además, puede resultar, no de una ley dictada por el Parlamento, sino de una ley adoptada por el pueblo en base a un referéndum: se habla entonces de *ordenanzas referendarias*.

61. — 2. **Efectos de la habilitación**. Estos son dobles: en el campo que le es permitido, el gobierno estatuye con la misma libertad que el legislador; él puede, pues, modificar la ley. Simétricamente, el Parlamento está desprovisto de competencia: él no puede modificar las ordenanzas por vía legislativa, sino hasta la expiración de la habilitación.

62.— 3. **Fuerza jurídica de las ordenanzas**. Su entrada en vigor es inmediata. Sin embargo, ellas caducan si el gobierno no consigna ante el Parlamento, antes de la fecha fijada por la ley de habilitación, un proyecto de ley tendiente a su *ratificación*.

Hasta que el Parlamento haya decidido sobre el proyecto de ratificación, las ordenanzas conservan su naturaleza propia de actos del poder ejecutivo: su regularidad puede ser, pues, cuestionada ante el juez, principalmente por la vía del recurso por exceso de poder; pero el control del juez, es en cuanto al fondo, necesariamente limitado, dados los términos demasiado amplios empleados tradicionalmente por las leyes de habilitación. Las mismas

soluciones se aplican a las ordenanzas dictadas en base a la habilitación dada por vía de referéndum: el Consejo de Estado no hace distinción entre éstas y las ordenanzas dictadas en base a una ley de habilitación votada por el Parlamento. El Consejo de Estado no ha dudado en anular una ordenanza "referendaria" (C.E. 19 de oct. de 1962, *Canal, Gr. Ar.*, p. 519). Luego de esta anulación, y para borrar su efecto, la ley del 15 de enero de 1963 vino a dar retroactivamente "fuerza de ley" a las ordenanzas dictadas en virtud de la ley "referendaria" del 13 de abril de 1962.

La ratificación tiene por efecto conferir, a la ordenanza, la naturaleza jurídica de la ley: ésta escapa, como consecuencia, a todo control jurisdiccional. La negativa de ratificación conlleva, igual que la ausencia de consignación del proyecto de ratificación, la caducidad de la ordenanza, la cual pierde, a partir de esa fecha, toda fuerza jurídica.

Al producirse la expiración del lapso abierto por la ley de habilitación, el gobierno está desprovisto de competencia: las ordenanzas no pueden ser modificadas sino por la ley.

4. Deben recordarse, a título ilustrativo, las ordenanzas dictadas por el gobierno, sobre la base del artículo 92 de la Constitución de 1958, entre su promulgación y la puesta en marcha definitiva, de las instituciones que creaba. A diferencia de las que resultan de una ley de habilitación ordinaria o de un referéndum, a estas ordenanzas se les reconoció por el artículo 92 "fuerza de ley", lo que las sustraía a todo control jurisdiccional.

63.— C. Los regímenes excepcionales: el artículo 16.[16] **1. El artículo 16 y la distinción entre la ley y el reglamento.** Se sabe que en virtud de este texto, el Presidente de la República, en caso de crisis nacional grave, "adopta las medidas exigidas por las circunstancias".

La aplicación del artículo 16 desborda ampliamente el problema de la distinción entre la ley y el reglamento: en efecto,

---

[16] Lamarque: "La théorie de la nécessité et l'article 16", *R.D.P.*, 1961, p. 558; "Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'art. 16", *J.C.P.*, 1962. I, 1711; Morange: Chr., en *D.* 1962, p. 109. M. Voisset: *L'article 16*, 1969.

ella conduce a poner a disposición del Presidente de la República, la totalidad de los poderes que se ejercen en el Estado o más precisamente de aquellos que él juzga necesarios para enfrentar la crisis.

Como consecuencia, las "medidas" adoptadas por él pueden comprender no solamente las decisiones generales en los campos tanto legislativo como reglamentario y modificar o completar los textos anteriores, sino además decisiones particulares, conforme o no a las leyes y reglamentos.

Es necesario destacar que el recurso al artículo 16 no tiene necesariamente un alcance general: en la medida en que las circunstancias permiten todavía el funcionamiento regular de las instituciones, y allí donde el Presidente de la República no juzga necesario estatuir personalmente, el legislador y al poder reglamentario pueden durante el período de aplicación del artículo 16, continuar ejerciendo sus competencias según las reglas normales: tal fue la situación entre la decisión del 23 de abril de 1961 que inició esta aplicación, y la del 29 de septiembre de 1961 que le puso fin.

64.— 2. **Régimen jurídico de los actos dictados en virtud del artículo 16.** Estos actos que han recibido el nombre de "decisiones", son dictados luego de la opinión del Consejo Constitucional, y bajo la sola firma del Presidente de la República.

El problema de su naturaleza jurídica, muy discutido en doctrina, fue resuelto por el Consejo de Estado sobre la base de una distinción:

a) La decisión de puesta en vigor del artículo 16 constituye un acto de gobierno (*infra*, Nº 155), y escapa, por ello, al control del juez.

b) Las decisiones dictadas sobre la base del artículo 16 permanecen definidas por la materia sobre la que ellas tratan: si esta materia es legislativa, la decisión adopta la naturaleza de la ley, y no puede ser conferida al juez; si ella es reglamentada, la decisión es considerada como un reglamento, y su conformidad al derecho puede ser verificada (C.E., 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens, Gr. Ar.*, p. 509). La solución demuestra la preocupación que tuvo el Consejo de Estado por mantener en un marco de

legalidad en la medida de lo posible, el ejercicio de poderes que, *a priori*, parecían tener que escapársele, pero sea cual sea su valor de principio, su alcance práctico no pudo ser sino débil (en este sentido: C.E., 13 de julio de 1965, *Gauthier, A.J.*, 1965, p. 473). En efecto, aquellas decisiones que en el derecho anterior, constituían los más graves atentados, principalmente en materia de libertades, corresponden necesariamente por ese mismo hecho, al dominio de la ley y escapan al control del juez.

SECCIÓN III. El poder reglamentario

65. — A. **Definición y fundamento.**[17] Es el poder de regular, por vía general, acordado a autoridades distintas del Parlamento sean nacionales o locales.

En lo que concierne a las primeras, el problema del fundamento jurídico del poder reglamentario está resuelto en términos expresos por el artículo 21 —precitado— de la Constitución. En lo que concierne a las autoridades locales, su competencia resulta de la ley. La jurisprudencia en fin, asigna a la cualidad de "jefe de servicio" el poder de tomar las medidas reglamentarias necesarias al buen funcionamiento del servicio (C.E. 7 de febrero de 1936, *Jamart, Gr.*, p. 235); estas medidas, a diferencia de las precedentes no se imponen al conjunto de los ciudadanos, sino solamente a aquellos que entran en relación con el servicio.

66.— B. **Titulares**. 1. Para el *Estado*, la Constitución de 1958, confirmando en este punto la de 1946, atribuye en principio el poder reglamentario al Primer Ministro (Art. 21). Sin embargo, los reglamentos que adoptan la forma de *decretos en consejo de ministros* deben estar *firmados* por el Presidente de la República; esta disposición ha sido interpretada como transfiriéndole, en este caso, la competencia reglamentaria que se encuentra así compartida.

---

[17] Moreau: *Le règlement administratif*, 1902; Douence: *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, 1967; Waline: "Les règlements d'application", *Mélanges, Sayagués Laso*, 1969, p. 643; Rainaud: *La distinction de l'acte règlementaire et de l'acte individuel*, 1970; Auby: "Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire", *Mélanges, Stassinopoulos*, 1974, p. 9; M. Hecquard-Théron: *Essai sur la notion de réglementation*, 1977.

Además, la práctica ha consagrado la posibilidad para el Presidente de adoptar decretos reglamentarios en ciertos dominios que no exigen la deliberación del Consejo de Ministros.[18] Los decretos reglamentarios emanan entonces, sea del Presidente de la República, sea del primer ministro; ellos deben estar refrendados, en ambos casos, por los ministros encargados de su ejecución.

2. *Los ministros*[19] no poseen propiamente un poder reglamentario general; ellos participan solamente, por el ejercicio de refrendar con el primer ministro y con el Presidente de la República. Pero en la práctica, esta participación basta para poner este poder a su disposición: los reglamentos son la mayoría de las veces elaborados por las oficinas de los ministerios, y el primer ministro sólo los sanciona. Por otra parte, algunos textos acuerdan a ciertos ministros un poder reglamentario propio sobre una materia determinada. En fin, la jurisprudencia que reconoce a los jefes de servicio un poder reglamentario en lo que concierne "al buen funcionamiento de la administración bajo su autoridad", beneficia en primer lugar a los ministros (C.E. 6 de octubre de 1961, *Union nationale des parents d'eleves de l'enseignement libre, R.D.P.*, 1961, p. 1.271). Todo esto les confiere en la práctica, competencias importantes en el ejercicio del poder reglamentario a nivel nacional. Sin embargo, estas competencias parecen insuficientes. De allí la multiplicación de disposiciones de alcance general —reglas obligatorias para los subordinados, o directrices, más flexibles (*infra*, N° 92)[ter]— formuladas por ellos en circulares. El juez, a pesar de que admite la utilidad de estas prácticas no ha creído poder llegar hasta legitimarlas reconociéndole a los ministros el poder reglamentario general que los textos no les confieren (C.E. 23 de mayo de 1969, *Ste. Destillerie Brabant, Rec.*, p. 264, conclusiones de Mme. Questiaux).

3. *Las autoridades locales*. Algunos textos de ley reconocen a los prefectos y a los alcaldes el poder de regular por vía general para todo el territorio en donde se ejerce su competencia, en los límites que se derivan del principio de legalidad.

---

18 P. Avril: "Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en conséil des ministres". *A.J.D.A.*, 1976, p. 116.

19 Wiener: *Le pouvoir réglementaire des ministres*, 1968.

4. Algunas *autoridades profesionales* (por ejemplo, la Orden de los médicos, *infra,* Nº 515) obtienen, de la ley, un poder de reglamentación en el marco de la profesión.

5. Más recientemente, la jurisprudencia ha admitido, a propósito del estatuto del personal de Air France, que las decisiones de alcance general tomadas por el Consejo de Administración de un organismo de derecho privado, en la medida en que se refieran a la organización del servicio público confiado a este organismo tenían el carácter de reglamentos administrativos (T.C., 15 de enero de 1968, *Air France contra Epoux Barbier, Gr. Ar.* p. 542). Esta jurisprudencia ha seguido confirmándose (T.C., 22 de abril de 1974, *Blanchet. A.J.D.A.*, 1974, p. 439, y el comentario de F. Moderne, *A.J.D.A.*, 1975, p. 4; C.E., 22 de Nov. 1974, *Federation des industries de sport, A.J.D.A.*, 1975, p. 45). Esta jurisprudencia plantea un problema grave, en la medida en que consagra en favor de personas privadas una de las prerrogativas esenciales de la potestad pública.

67.— C. Las modalidades de ejercicio del poder reglamentario.

1º *Desde el punto de vista de la competencia,* la elaboración de un reglamento es, a veces discrecional, a veces legalmente obligatorio para la autoridad competente: así, el alcalde comete una ilegalidad cuando se niega a adoptar un reglamento de policía necesario para el mantenimiento del orden o de la salubridad (C.E., 23 de Oct. de 1959, *Doublet, D.* 1960, p. 195). Igualmente, el gobierno actúa ilegalmente y compromete la responsabilidad del Estado, cuando retarda más allá de un "lapso razonable" la elaboración de un reglamento necesario para la aplicación de una ley (*Cf.* Normand, *Sur le caractère discrétionnaire de l'élaboration des actes réglementaires,* tesis, París, 1968). Pero de hecho, la rareza de los recursos en esta materia, y la indulgencia del juez en la apreciación del "lapso razonable" privan a esta regla de alcance práctico, y dejan al ejecutivo una libertad que llega a menudo a retardar abusivamente la aplicación efectiva de la ley (*supra,* Nº 58).

2º *Desde el punto de vista de la forma,* los reglamentos adoptan aquella que se asigna al conjunto de actos de la autoridad de la cual emanan: el *decreto* para los reglamentos dictados por el

Presidente de la República o el Primer Ministro, la *resolución* ministerial, prefectoral o municipal, para los reglamentos dictados por los ministros, prefectos o alcaldes.

Es necesario, aquí, tener cuidado de la confusión cometida frecuentemente entre la *forma* del acto y su *naturaleza:* decreto y resolución son formas a través de las cuales se puede adoptar una decisión reglamentaria o una decisión individual. Un decreto es reglamentario cuando establece una regla general, y es individual cuando se refiere a una persona designada individualmente (por ejemplo, el nombramiento de un alto funcionario). Algunos decretos requieren formalidades particulares; así se distinguen:

— Los decretos en consejo de ministros, que deben llevar la firma del Presidente de la República;

— los decretos dictados con opinión previa del Consejo de Estado;

— los decretos que requieren la opinión de otro organismo consultivo, o de varios.

Cuando estos procedimientos son prescritos por los textos, su omisión, o alguna irregularidad en su cumplimiento, constituyen un vicio de forma que conlleva la nulidad del decreto; la ausencia de consulta del Consejo de Estado se considera incluso como un caso de incompetencia.

3º *Desde el punto de vista del contenido,* hay que separar los *reglamentos de policía,* que tienen por objeto imponer a la libertad de los ciudadanos, las limitaciones exigidas por las necesidades del orden público; éstos se benefician automáticamente de una sanción penal: la desobediencia a sus prescripciones constituye una contravención respecto de la cual el artículo R. 26-15º del Código Penal (antiguo artículo 471-15º), prevé la represión.

4º *Desde el punto de vista de la autoridad del reglamento.* Se encuentran de nuevo aquí; en lo que concierne el ejercicio del poder reglamentario a nivel nacional, las distinciones que resultan de los artículos 34 y 37 de la Constitución (*supra,* Nº 58).

a) En las materias exclusivamente reglamentarias el gobierno goza de una libertad, limitada solamente por la Constitución y los principios generales del derecho.

b) En las demás materias, las oluciones anteriores subsisten. Por una parte, el legislador puede encargar al primer ministro de dictar los reglamentos necesarios para la aplicación de la ley; en este caso, la entrada en vigor de la ley está subordinada en general, a la publicación de esos reglamentos. El primer ministro debe ejercer su poder reglamentario, y está ligado, por los términos de la ley, la cual debe completar, pero que no puede contradecir. El legislador puede imponerle la obligación de no adoptar esos reglamentos de aplicación, sino después de oída la opinión de la asamblea general del Consejo de Estado; la ley precisa entonces que deberá estatuirse mediante *reglamento de administración pública.*[20] Esta expresión designa, pues, un reglamento que el primer ministro está obligado a adoptar, en virtud de una ley, para su aplicación, y que desde el punto de vista procedimental, está sometido a la asamblea general del Consejo de Estado; esta última regla ha sido suavizada, sin embargo, por un decreto del 30 de julio de 1963, que previó la posibilidad de recurrir a la unidad competente del Consejo y no a la asamblea. Aunque dictado en base a la invitación del legislador, el reglamento de administración pública continúa siendo un acto administrativo, sin carácter legislativo; y sometido, como tal, al control del juez (C. E. 6 de diciembre de 1907, *Cie des chemins de fer de l'Est, Gr. Ar.*, p. 75).

Por otra parte, e incluso si la ley no lo ha previsto expresamente, la misión de "asegurar la ejecución de las leyes" que le incumbe siempre al primer ministro, lo habilita a dictar espontáneamente las disposiciones reglamentarias que pueda exigir la aplicación de una ley; en este caso, como en el caso precedente, la conformidad a la ley condiciona la validez del reglamento.

c) En cuanto a los reglamentos de las autoridades locales, éstos deben respetar la ley y las disposiciones reglamentarias dictadas por una autoridad superior.

SECCIÓN IV. Las fuentes no escritas

68. — **Generalidades.** Tradicionalmente se cita como tales, a *la costumbre, la jurisprudencia* y *la doctrina*. En derecho admi-

---

[20] Herzog: "La loi et le réglement d'administration publique", *R.D.P.*, 1938, p. 643; Sfez: "Le règlement d'administration publique", *Études de Droit Public*, 1964.

nistrativo *la costumbre* es prácticamente desdeñable. En cuanto a la doctrina, es decir, la opinión de los principales autores no es una fuente de derecho propiamente: la opinión de un jurista jamás adquiere por sí misma, fuerza jurídica. Pero actuando por persuasión sobre la autoridad competente para dictar la regla, la doctrina ha jugado un rol esencial, aunque indirecto en la elaboración del derecho administrativo; un gran número de reglas que la ley o la jurisprudencia han hecho pasar al derecho positivo tienen su origen en las opiniones de los autores.[21]

Este rol se ejerce, mediante las obras y artículos jurídicos, y por la enseñanza. En estos dos aspectos, es asumido principalmente, por los profesores de las Facultades de Derecho y por numerosos miembros de jurisdicciones administrativas, que al mismo tiempo que ejercen sus funciones oficiales, escriben o enseñan a título privado. La tarea de la doctrina, particularmente importante en un derecho no codificado y ampliamente jurisprudencial como el derecho administrativo, consiste, por una parte, en *organizar* este derecho de manera sistemática, destacando los principios que inspiran las soluciones legislativas y jurisprudenciales; por otra parte, en *divulgar* el derecho así organizado —que sin ello sería difícil de conocer— y finalmente en *juzgar* este derecho, bajo el triple punto de vista de su coherencia, de su adecuación al fin social que persigue, y de su conformidad con la justicia, preparando así la vía a las reformas de las que saldrá el derecho de mañana. En esta triple función, la doctrina asume un rol que no se puede reemplazar. Sin su esfuerzo de sistematización, en lugar de un derecho administrativo constituido en disciplina inteligible, no habría sino una yuxtaposición de textos y de decisiones desprovistas de coherencia, y por consiguiente inasimilable y privada de eficacia.

De esto resulta, entonces, que de las tres fuentes tradicionales del derecho administrativo, la jurisprudencia permanece como la única directamente creadora; pero es necesario, entre las reglas de origen jurisprudencial, poner aparte aquellas que han recibido el nombre de *principios generales del derecho público.*

[21] J. Rivero: "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif. *E.D.C.E.*, Nº 9, p. 27. Sobre la obra de los dos principales maestros del derecho administrativo francés, los decanos Maurice Hauriou y León Duguit: L. Sfez: *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif*, 1966; J. Rivero: "Hauriou et le droit administratif", *Annales Fac. Dr. Toulouse*, 1968, p. 141; E. Pisier-Kouchner: *Les fondements de la notion de service public dans l'oeuvre de L. Duguit*, 1972.

§ 1. La jurisprudencia

69. — El problema de la creación del derecho por el juez.[22] Igual que el juez judicial, el juez administrativo no tiene el poder de establecer reglas generales. Su rol se limita a solucionar los litigios particulares que le son sometidos; a decir, en cada caso concreto donde está el derecho; su decisión no incide sino sobre la especie que la suscita.

Pero la decisión supone necesariamente una regla preexistente. El acto jurisdiccional implica la confrontación, con la regla de derecho, de las pretensiones opuestas de las partes. El juez deduce, de esta confrontación, cuál de estas pretensiones está conforme con el derecho.

Ahora bien, dados los caracteres particulares de la ley administrativa, sucede a menudo que ninguna regla escrita haya previsto el caso sometido al juez. Este, sin embargo, no puede abstenerse de juzgar; se considera como obligado, al menos moralmente por el artículo 4 del Código Civil, que prohíbe al juez escudarse, detrás del "silencio u obscuridad de la ley", para rehusarse a decidir. Debido a esto, el juez administrativo no tiene sino un recurso: formular él mismo la regla general que le permita decidir.

70. — A. La técnica de elaboración de la regla jurisprudencial.[23] 1. Cuando la solución del litigio puede deducirse de un texto de ley o de reglamento, el juez administrativo, como el juez judicial procede a la *interpretación* de ese texto. En este caso, no hay, por su parte, creación de una regla jurisprudencial propiamente dicha; la autoridad de su interpretación se confunde con la del texto interpretado. Pero el juez administrativo ha hecho prueba a menudo de una gran libertad en su rol de intérprete.

2. En ausencia del texto aplicable al litigio, el juez no siempre formula, en los considerandos de su sentencia, la regla en la

---

[22] Waline: "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", *Mélanges, Scelle*, t. II, p. 613; Rivero: "Le juge administratif français: un juge qui gouverne?". *D.*, 1951, Chr., p. 21: "Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle". *A.J.*, 1968; Dupeyroux: "La jurisprudence source abusive de droit". *Mélanges, Mauri*, 1960, II, p. 349, s.; "La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit", *Mélanges, Marty*, 1979, p. 463.

[23] Latournerie: "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire*, p. 177.

que se inspira; en este caso, la regla se desprenderá a la larga, del conjunto de soluciones dadas a litigios semejantes. Pero a menudo, la regla es formulada de manera expresa. Se denomina *sentencia de principio** aquella en la cual el juez, a propósito de una cuestión nueva, o en relación con el replanteamiento de una cuestión vieja, enuncia la regla que él pretende aplicar al caso concreto, y a todos aquellos que planteen el mismo problema. La sentencia de principio no se distingue por ningún signo exterior sino a veces por la autoridad de la sección de la cual emana, *infra*, Nº 198; es su redacción ilustrada por las conclusiones del comisario del gobierno y los comentarios de la doctrina la que la hace reconocible.

71. — B. **Los caracteres de la regla jurisprudencial.** El primero es la *flexibilidad;* al juez administrativo no le gustan las fórmulas rígidas, que tienen el inconveniente de vincularlo para el futuro de manera más estrecha; él procura reservarse la posibilidad de tener en cuenta las particularidades de cada especie, en las sentencias que él adoptara más tarde sobre la misma cuestión. Además, la flexibilidad de la regla responde a la preocupación constante de *equilibrio* que guía a su autor: la conciliación entre las necesidades de la acción administrativa y los derechos y libertades de los ciudadanos, que es la directriz general en la cual se inspira, y que prohíbe las fórmulas definitivas, y reclama ciertos matices.

La regla jurisprudencial por otra parte, se caracteriza por un cierto *hermetismo;* las fórmulas por las cuales ella se expresa no son siempre inteligibles por sí mismas; hace falta, para comprenderlas, familiarizarse con el lenguaje del juez administrativo.

72. — C. **La autoridad de la regla jurisprudencial.** Desde el punto de vista formal ya se ha visto que ningún texto habilita al juez para crear el derecho; cada sentencia estatuye solo para la especie en la que interviene. Algunos han concluido que la jurisprudencia no es una verdadera fuente de derecho.

El análisis material desmiente tal conclusión; en efecto:

1º Es cierto que el juez no está jurídicamente ligado por la regla que él establece, de la misma manera que lo está por la regla escrita. A diferencia de lo que ocurre en países como en

* Arrêt de Principe.

Gran Bretaña, en donde la autoridad del precedente lo obliga a no separarse de la jurisprudencia anterior, aquí en cambio, el juez puede siempre estatuir en un sentido diferente. Pero en la práctica, cuando el Consejo de Estado enuncia una regla, es porque él la cree buena, y pretende en lo adelante atenerse a ella: el espíritu de continuidad que caracteriza a los grandes organismos del Estado, la preocupación por la seguridad jurídica de los particulares, imponen al juez esta fidelidad a su propio pensamiento. Sin duda, ella no excluye los virajes de la jurisprudencia. Puede suceder que el juez decida cambiar la regla que aplicaba hasta ese momento; pero la posibilidad de modificar una regla, reconocida a la autoridad de la que ésta emana, no altera en nada el carácter obligatorio de esta regla.

2º Si el juez en teoría, no está vinculado por su propia regla, la administración y los particulares, en cambio, están prácticamente obligados de conformarse a ella, porque cuando ellos la infringen, el juez aplica a esta violación las mismas sanciones que a la de las reglas escritas: quizás, incluso, se muestre más riguroso cuando la regla desconocida emana de él, ya que es su autoridad la que está en juego. Ello provoca en los administrados y en los administradores el mismo sentimiento de obligación, respecto de la regla jurisprudencial que respecto de la regla escrita vinculado a la identidad de la sanción. Así, la regla jurisprudencial, bajo el doble punto de vista objetivo —existencia de una sanción— y subjetivo —sentimiento de obligación que pesa sobre los obligados—, presenta todos los caracteres de la regla de derecho.

§ 2. Los principios generales[24]

73. — A. Definición. Junto a las reglas por él elaboradas, el juez administrativo afirma desde 1945 (C. E. 26 de Oct. de 1945, *Aranu, D.*, 1946, p. 158), la existencia de "principios generales del derecho administrativo", cuya violación por la admi-

[24] B. Jeanneau: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative,* tesis, Poitiers, 1953; Letourneur: "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État", *E.D.C.E.*, Nº 5, p. 19; Braibant: "L'arrêt Syndicat des ingenieurs conseils et la théorie des principes généraux", *E.D.C.E.*, Nº 16, p. 67. Mescheriakoff: "La notion des principes généraux du droit dans la jurisprudence récente", *A.J.D.A.*, 1976, p. 596.

nistración, él sanciona. Estos principios son tomados en su mayoría, sea de la tradición liberal de 1789 (igualdad de los ciudadanos ante la autoridad pública, libertad de conciencia, posibilidad para un ciudadano amenazado de una sanción de defenderse contra los agravios alegados en su contra), sea de las necesidades de la vida social (continuidad de los servicios públicos, control del superior sobre los actos del inferior), sea de los imperativos de la equidad (principio del enriquecimiento sin causa, C.E. 14 de abril de 1961, *R.D.P.*, 1961, p. 666). El control ejercido por el Consejo de Estado sobre los reglamentos que tratan de otras materias distintas del derecho administrativo, lo ha llevado a extender el alcance de la noción, y a enunciar principios generales de derecho civil, de derecho penal, de procedimiento civil y penal, de derecho del trabajo, sobre la base de los cuales censura los reglamentos que los desconocen.[25] El Consejo constitucional ha hecho suya la teoría de los principios generales (C.C., 26 de junio de 1969, *A.J.D.A.*, 1969, p. 563), y no duda en ampliar la lista.

74. — B. **Caracteres jurídicos.** 1. Los principios generales del derecho tienen fuerza obligatoria respecto a la administración: aquellos de sus actos que los transgreden son anulados, y pueden comprometer la responsabilidad administrativa si han causado un daño. Ellos tienen, pues, valor de derecho positivo.

2. Esta fuerza no les viene de su vinculación a una fuente escrita. El Consejo de Estado los declara "aplicables, incluso, en ausencia de texto"; su autoridad es independiente de todo elemento formal.

3. No se trata de reglas consuetudinarias: el juez no se refiere tampoco ni a la tradición, ni al consentimiento de la opinión.

4. ¿Se trata de reglas jurisprudenciales? El juez parece excluirlo: él presenta los principios como si existieran fuera de él, siendo su rol, no de crearlos, sino de constatarlos. Es cierto que el juez no extrae de su propio fondo los principios cuya existencia afirma; hay en la raíz de todo sistema de derecho, una concep-

---

[25] J. Rivero: "Le juge administratif: gardien de la légalité administrative, ou gardien administratif de la legalité?", *Mélanges, Waline*, t. II, 1974, p. 701. Para una aplicación reciente: C.E., 4 de octubre de 1974, Dame David: *D.*, 1975, *J.* p. 369, nola Auby (Principios de la Publicidad de los debates judiciales).

ción del hombre y del mundo, que implica un cierto número de postulados. Es a este fondo ético que se vinculan los principios generales. Pero la constatación realizada por el juez es en realidad ampliamente creadora: al afirmar la existencia de un principio, el juez le añade la sanción de la que estaba desprovisto, y lo inserta así en el derecho positivo.

75. — C. **Autoridad de los principios generales.** Antes de 1958, la mayoría de los comentaristas reconocían, a los principios generales, una autoridad igual a la de la ley. Desde esa época, sin embargo, se ha manifestado que el juez reconoce, a los principios una cierta preeminencia sobre las mismas leyes, ya que es a ellos que se refiere para interpretarlas: aquellas que los derogaban, se consideraban, como excepciones y recibían una interpretación estricta; de ese modo el juez ha podido, en algunos casos, hacer prevalecer los principios sobre la ley (*cf.*, por ejemplo, C.E., 17 de febrero de 1950, *dame Lamotte, Gr. Ar.*, p. 336). La cuestión ha vuelto a tomar importancia con la aparición de los reglamentos autónomos del artículo 37 de la Constitución, que en principio no están sometidos a la ley. Reconocer a los principios generales un valor solamente legislativo, podía conducir entonces a admitir que estos reglamentos escapaban a su autoridad, solución esta que hubiese conferido al gobierno, en las materias reglamentarias, un poder prácticamente ilimitado, contrariamente a la definición del Estado de Derecho. Consciente de este peligro, el Consejo de Estado no ha dudado en afirmar la subordinación de estos reglamentos a los principios generales (C.E., 26 de junio de 1949, *Syndicat général des ingénieurs conseils, Gr. Ar.*, p. 484; 12 de febrero de 1960, *Soc. Eky, D.* 1960, p. 123). Algunos han concluido que los principios generales por lo tanto, tenían valor constitucional. Las sentencias precitadas, al tener en cuenta la inserción de algunos principios en el preámbulo constitucional, contrariamente a decisiones anteriores, parecen confirmar esta interpretación.

El problema se ha replanteado con la Jurisprudencia del Consejo Constitucional. Esta Jurisprudencia distingue dos categorías de principios generales: los principios "de valor constitucional que surgen normalmente de los textos a los cuales se refiere el preámbulo de 1958 y los principios de valor solamente legislativo".

La distinción es capital en lo que respecta a la competencia del legislador: al Consejo Constitucional le impone el respeto de los principios de valor constitucional (*cf.*, particularmente C.C.; 16 de julio de 1971, precitado), pero le reconoce el poder de derogar los principios generales de nivel inferior (*C.C.*, 26 de junio de 1969, *Favoren et Philipp, Gr. Ar.* C.C., p. 221). Por otro lado, la distinción no tiene incidencia respecto del régimen de los reglamentos: los principios generales, sea cual fuere su nivel, se imponen, igualmente a ellos.

En este sentido se puede decir, en una perspectiva pragmática, que su naturaleza jurídica intrínseca, constitucional o simplemente legislativa, no altera de ninguna manera su autoridad frente a los actos del ejecutivo. Para el Juez administrativo, todo ocurre como si situaran en la jerarquía de las reglas de derecho, por debajo de la Ley —puesto que él no puede sancionar directamente la violación de los principios generales por el legislador—, pero por encima de todos los actos del ejecutivo, decretos u ordenanzas.[28]

---

[28] Chapus: "Valeur juridique des principes généraux du droit", *D.*, 1966, Chr., p 66.

CAPITULO II

El principio de legalidad

Tres cuestiones se plantean: en primer término, ¿cómo, en la práctica, se combinan las diversas categorías de reglas que se acaban de analizar para definir el marco legal de la acción administrativa? Luego, ¿cuáles son los límites de la sumisión de la administración al derecho? En fin, ¿cuáles excepciones admite esta sumisión?

Sección I. **Significado práctico del principio de legalidad**

76. — A. **El carácter jerarquizado de las reglas de derecho.**[27] Las diversas reglas que se han reseñado en el capítulo precedente no tienen la misma fuerza jurídica; todas concurren a definir la legalidad, pero no en el mismo rango. Mejor que la imagen de un "bloque", a menudo evocado a este propósito, conviene a la legalidad la imagen de una pirámide: desde la cima hasta la base, las reglas, según el nivel en que se sitúan, deben respetar las reglas superiores, y se imponen a la de los niveles subordinados. Así, las exigencias de la legalidad aumentan a medida que se desciende en la jerarquía de las reglas.

En lo más bajo de la escala de los actos jurídicos, por el contrario, las decisiones individuales, cualquiera que sea la autoridad de la cual emanen, están vinculadas por el conjunto de reglas generales, las cuales rigen también las actividades materiales de la administración.

---

[27] Carré De Malberg: *La théorie de la formation du droit par degrés*, 1933; Ch. Eisenmann: "De droit administratif et le principe de légalité", *E.D.C.E.*, Nº 11, p. 25.

77. — B. **Carácter principalmente formal de la jerarquía de las reglas escritas.** El lugar que ocupan las reglas escritas está determinado desde el punto de vista formal, por la jerarquía y por la mayor o menor autoridad de quien las dicta: en la cima, la Constitución; por debajo, las leyes orgánicas; enseguida, las leyes ordinarias; luego, los reglamentos. Pero si bien la Constitución se impone a todas las autoridades administrativas, su violación sólo es sancionada cuando ella deriva de un acto administrativo que aplica una ley inconstitucional. En cuanto a la ley, su superioridad teórica respecto del poder reglamentario se desvanece por definición en lo que respecta a las ordenanzas del artículo 38, salvo, claro está, respecto a la ley de habilitación. La categoría de los reglamentos está también jerarquizada; el reglamento dictado por la autoridad superior se impone a aquél que dicta la autoridad subordinada: en orden descendiente, los reglamentos del Presidente de la República y del Primer Ministro, de los ministros, prefectos, y finalmente, de los alcaldes. Cada autoridad no puede sino completar y adaptar, sin contradecirlos, los reglamentos de la autoridad superior; además, la misma autoridad debe respetar la jerarquía vinculada a la mayor o menor solemnidad de las formas, según las cuales ella puede ejercer su poder: el reglamento de administración pública se impone al decreto reglamentario ordinario, aun cuando ambos emanen del Primer Ministro.

78. — C. **Fuentes no escritas y jerarquías de las reglas.** ¿Cómo se insertan, en esta jerarquía, las reglas no escritas?

Las reglas jurisprudenciales y, esencialmente, los principios generales se imponen, como hemos visto, a todos los actos sometidos al control del juez. La ley se le escapa, dejando a salvo la posibilidad ya señalada, para el juez, de interpretar restrictivamente las leyes que derogan los principios. Por el contrario, el conjunto de actos reglamentarios le permanecen subordinados, comprendidas las ordenanzas, incluso, las derivadas de una ley refedendaria (sentencia *Canal, supra,* Nº 62), y las decisiones reglamentarias dictadas en virtud del artículo 16 (sentencia Rubin de Servens, *supra,* Nº 64).

79. — D. **Jerarquía de las reglas y actos particulares.** Los actos particulares están sometidos, en principio, al conjunto de reglas generales. Esto conlleva tres consecuencias:

1º Cada autoridad administrativa está obligada a respetar, en sus actos individuales, las reglas generales adoptadas por las autoridades superiores, salvo si estas reglas han previsto la posibilidad de derogaciones, solución frecuente por ejemplo, en el derecho de urbanismo.

2º Cada autoridad administrativa está sometida a sus propios reglamentos: es la regla *tu patere legem quam fecisti* (respeta la ley que tú has hecho). Ella no puede, por lo tanto, por una decisión particular, transgredir la regla general que ella ha adoptado.

3º La autoridad superior no puede tomar una decisión individual contraria a la regla legalmente dictada por la autoridad inferior: el Consejo de Estado anuló una decisión tomada por el ministerio de finanzas con motivo de la jubilación de un funcionario municipal, en contravención con el reglamento comunal (municipal) aplicable a este funcionario (C.E., 3 de julio de 1931, *Commune de Clamart, Rec,* p. 723).

4º Un último punto debe precisarse: cuando se dice de un acto que debe respetar la regla que le es superior, se entiende por ello dos cosas. Por una parte, el acto debe conformarse a las disposiciones que le conciernen directamente, planteando, principalmente, las condiciones de competencia y de forma que condicionan su validez. Por otra parte, el acto, en su contenido, debe respetar las reglas superiores aplicables a la misma materia: él no puede contradecirlas de manera expresa y tampoco implícita; sólo pueden completarlas, precisarlas, adaptarlas a situaciones concretas, o aplicarlas al caso particular.

SECCIÓN II. **Alcance del principio de legalidad: el poder discrecional** [28]

Si las exigencias de la legalidad se extendiesen a todos los elementos de la acción administrativa, ésta sería puramente pasiva;

[28] Michoud: "Etude sur la pouvoir discrétionnaire de l'administration", *Revue générale d'administration,* 1914, III, 1915, I; Bonnard: "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir", *R.D.P.,* 1923, p. 363; Giraud: "Etude sur la notion pouvoir discrétionnaire", *Revue générale d'administration,* 1924, p. 193; A. Hauriou: "Le pouvoir discrétionnaire et sa

el rol de la administración se reduciría a la elaboración mecánica de los actos particulares impuestos a ella por la regla general; toda libertad de apreciación, toda iniciativa, le serían prohibidas. En la realidad, esto no es así; la sumisión de la administración al derecho deja subsistir en su beneficio una zona de libertad; es el *poder discrecional*.

§ 1. La noción del poder discrecional

80. — A. **Poder discrecional y competencia reglada.** A veces sucede que la ley impone a un agente público, una vez llenadas las condiciones que ella enumera, la obligación de decidir en un cierto sentido. En este caso, el agente no puede sino verificar la existencia de estas condiciones: y una vez que él las constata, su comportamiento le está completamente determinado. En el caso, por ejemplo, de la entrega de una planilla de declaración de una asociación (*supra*, Nº 38): la administración no se puede rehusar, ni siquiera teniendo dudas sobre la legalidad de los fines que persigue la asociación (T. A., París, 25 de enero de 1971, *A.J.D.A.*, 1971, p. 229; C.C., 16 de julio de 1971, *precitado*). La competencia del agente está *reglada*: la ley no deja ningún lugar a su libertad.[29]

En otros casos, la ley, al crear una competencia, deja al agente al cual se la confía, libre de apreciar, en vista de las circunstancias, si debe utilizarla y cómo: por ejemplo, los jurados de exámenes, competentes para decidir la admisión de los candidatos, son libres de calificar según su juicio personal el valor de las pruebas. Esta libertad de apreciación constituye lo que se denomina el *poder discrecional* de la administración, por oposición a la competencia reglada.

---

justification", *Mélanges, Carré de Malberg*, p. 233; Nicolas: "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration", *Mélanges, Lambert*, t. II, p. 361; Waline: "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel", *R.D.P.*, 1930, p. 197; "Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration", *E.D.C.E.*, Nº 10, p. 25; Dubisson: *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans le recours pour excès du pouvoir*, tesis, París, 1955; Venezia: *Le pouvoir discrétionnaire*, tesis, París, 1956; Bockel: "Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration", *A.J.*, 1978, p. 355; M. Waline: "Plaidoyer pour le pouvoir discrétionnaire", *Estudios de derecho administrativo*, T. I, Montevideo, 1979, p. 519.

[29] Kornprobst: "La compétence liée", *R.D.P.*, 1961, p. 935; Di Qual: *La compétence liée*, 1964; Timsit: "Compétence liée et principe de legalité", *D.*, 1964, Chr., p. 217.

Existe competencia reglada cuando la regla de derecho impone a los agentes la decisión que se deriva de la reunión de las condiciones que ella define. Existe poder discrecional en la medida que la regla de derecho les deja una cierta libertad de apreciación en el ejercicio de su competencia.

81. — B. **Necesidad de un equilibrio.** La acción de la administración no puede acomodarse a una generalización de la competencia reglada: le es necesario adaptarse, permanentemente, a circunstancias particulares y cambiantes, que la regla de derecho no ha podido prever. A la inversa, una administración demasiado discrecional no ofrecería a los administrados ninguna seguridad: ella estaría tentada por la arbitrariedad. De allí la necesidad de una dosificación entre las dos.

§ 2. Medida del poder discrecional

82. — La situación actual. 1º Ya no existen más *actos administrativos enteramente discrecionales.* Se designa así al acto respecto del cual la legalidad no impondría ninguna condición a la administración, y que escaparía, por consiguiente, a todo control jurisdiccional; el Consejo de Estado ha dejado de admitir la existencia de tales actos desde comienzos del siglo XX (C.E., 31 de enero de 1902, *Grazietti, S..* 1903, III, p. 113, nota Hauriou). Todo acto, en efecto, está sometido como mínimo a dos condiciones impuestas por el derecho; una, relativa a la autoridad competente para dictarlo; y la otra, relativa al fin que él debe perseguir, y que necesariamente es el interés público; en relación a estos dos puntos, al menos, la administración está siempre reglada.

2º Incluso en los actos más vinculados por la regla de derecho, la administración conserva un mínimo de poder discrecional: es lo que llama "la selección del momento". Ella queda libre de apreciar, según las necesidades de su funcionamiento, *cuándo* podrá adoptar la decisión que se le impone, al menos dentro de los límites razonables, a veces fijados por la ley.

3º Entre este máximo y este mínimo, la ley en la mayoría de los casos, si bien fija a la administración ciertos elementos de decisión, le deja, respecto de algunos otros, su libertad de apre-

ciación; esta libertad se refiere, sea al ejercicio mismo de la competencia (la administración tiene la escogencia entre la acción y la abstención), sea sobre el contenido de la decisión, por ejemplo, sobre los medios a utilizar en vista del fin buscado. La competencia de un jurado de examen está reglada en cuanto a los programas, al número y a la naturaleza de las pruebas, etc.; ella es discrecional en cuanto a la apreciación de los méritos de los candidatos.

§ 3. Alcance jurídico del poder discrecional

83. — **Poder discrecional y legalidad.** 1º El *poder discrecional* no es susceptible de *grados;* en el sentido de que no es *más o menos* discrecional; tendrá ese poder si la ley deja a la administración dueña de su ejercicio; pero no lo es si ella le dicta las condiciones. Ahora bien, dentro de un acto, puede haber *más o menos poder discrecional,* según que la ley deje más o menos elementos de la decisión, a la libre apreciación de la administración.

2º Por lo tanto, la existencia del poder discrecional no está en contradicción con el principio de legalidad. El se define, en relación a las exigencias de la legalidad, de manera residual: él comienza allí donde éstas terminan. Cuando la administración actúa discrecionalmente, ella no actúa contra la legalidad, ya que, por definición, su libertad resulta de que la legalidad, en relación a este punto, no le imponga nada. La medida del poder discrecional es, pues, para cada acto, inversamente proporcional a las exigencias de la legalidad respecto a este acto.

3º El control del juez, siendo un control de la legalidad, se detiene allí donde ella se detiene: no se extiende, pues, al poder discrecional, que depende de la apreciación de *la oportunidad,* extraña a la misión del juez. Sin embargo, no debe olvidarse que el juez administrativo crea reglas de derecho: él puede, entonces, allí donde la ley escrita no impone nada, sustraer del poder discrecional algunos elementos del acto, sometiéndolos a una regla jurisprudencial. En la práctica, el Consejo de Estado, por esta vía, ha reducido considerablemente la zona del poder discrecional, y constituye el verdadero regulador, según que extienda más o menos su control sobre tal o cual categoría de

actos. Se verá (*infra,* Nº 265) que el Consejo de Estado va incluso en ciertos campos, hasta ejercer, bajo la apariencia de un control de la legalidad, un verdadero control de la oportunidad, esfumando así, en la práctica, el trazado de la frontera que separa las dos nociones".[30]

4º El esfuerzo del juez para reducir el poder discrecional se enfrenta a obstáculos renovados en los dominios nuevos de la acción administrativa: urbanismo, orientación de la economía, ordenación del territorio, etc. En estos campos, reglas demasiado rígidas, arriesgan con comprometer la toma en consideración de la diversidad de los casos particulares, o de la evolución de los hechos. De allí la frecuencia de textos que se presentan, asimismo, como no obligantes (planificaciones flexibles) o que, si bien establecen reglas, autorizan a la autoridad encargada de ejecutarlas, para derogarlas. Este poder de *derogación,* muy amplio en materia de urbanismo, puede llegar a graves abusos.[31] Al margen de las leyes y reglamentos, las "directrices" adoptadas por una autoridad investida de un poder discrecional (*infra,* Nº 92), establecen ellas también, principios sobre el uso que ellas entienden hacer de este poder pero reservándose la posibilidad de descartarlos teniendo en cuenta cada caso. Estas actitudes, que tienden a sustituir a la legalidad tradicional por una legalidad "flexible", menos rigurosa para la administración, responde a ciertas necesidades de las que la jurisprudencia tiene en cuenta, al admitir, por ejemplo, que el trazado de una autopista se separe del esquema director de ordenación de la región, cuando no sea "incompatible" con ese documento (C.E., 22 de febrero de 1974, *Adam, R.D.P.,* 1974, p. 1.784, nota Waline). Ellas presentan peligros no menos graves de arbitrariedad que el juez tiene dificultad en controlar, al extremo, de que ellas cuestionan la misma noción de legalidad.[32]

5º Desde el punto de vista del *administrado*, éste puede exigir de la administración, en los casos de competencia reglada, el cumplimiento del acto para el cual llena las condiciones legales. Por el contrario, no tiene ningún derecho respecto del acto en relación al cual juega el poder discrecional.

[30] A. de Laubadère: "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du C. E.", *Mélanges, Waline,* 1974, t. II, p. 531.

[31] L. J. Chapuisat: "Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire", *A.J.D.A.,* 1974, p. 3.

[32] R. Savy: "Legalité et permis de construire", *D.,* 1975, Chr., p. 63.

6º Finalmente no hay que perder de vista el hecho de que cuando sea la administración la que elabore una regla de derecho, es tentador para ella utilizar esta competencia para facilitar su tarea y para imponer obligaciones a los particulares más, que para hacer un instrumento de limitación de su poder. El principio de legalidad se convierte, entonces, al contrario de su razón de ser inicial, en una forma para la administración de aumentar su autoridad. Sin embargo, es ella quien, en la práctica, elabora en esencia los actos reglamentarios. Mas aún, ella está estrechamente asociada con frecuencia, a la preparación de los proyectos de leyes que el gobierno somete al Parlamento. En esta forma ella puede desviar de su fin normal el principio de la legalidad y utilizarlo para su provecho. El alcance concreto del principio puede entonces invertirse, según que la regla que hipotéticamente se imponga a la administración, sea elaborada fuera de ella o refleje esencialmente su propia voluntad (*Cf.* sobre esta evolución, J. Rivero: *L'administration et le Droit, R.I.S.A.*, 1978, Nº 1-2, p. 149).

SECCIÓN III. **Las restricciones al principio de legalidad: Teoría de las circunstancias excepcionales**

84. — **El problema.** El principio es la sumisión de la administración al derecho. A este principio se le pueden concebir dos tipos de excepciones, sea en cuanto a su generalidad —ciertos actos le escaparían—, sea en cuanto a su permanencia en el tiempo: ciertas circunstancias liberarían a la administración del respeto al derecho.

1º En relación al primer punto de vista, ya se ha señalado *la desaparición de los actos discrecionales* (*supra,* Nº 82). Queda la categoría llamada de los *actos de gobierno;* se entiende por ellos ciertos actos que interesan a las relaciones internacionales o a las relaciones entre el Parlamento y el gobierno, y que escapan a todo recurso, ante cualquier jurisdicción. Pero el hecho de que el principio de legalidad no sea efectivamente sancionado en lo que concierne a estos actos, no resulta de ninguna manera que ninguna regla de derecho les sea aplicable; la teoría de los actos de gobierno constituye entonces una excepción, no al principio de legalidad, sino a la competencia del juez, y será estudiada cuando se se desarrolle ese punto (*infra,* Nº 155 s.).

2º ¿Está la administración sometida al derecho *sea cuales sean las circunstancias?* Los textos mismos prevén, en beneficio de las autoridades administrativas, ciertas extensiones de competencia en hipótesis de peligro público (regímenes del estado de sitio y del estado de urgencia, aplicación del artículo 16 de la Constitución, *supra,* Nº 63 s., *infra,* Nº 413). Pero no hay en estos casos atentado al principio de legalidad, ya que es la ley la que ha previsto y organizado estos regímenes: hay solamente sustitución de una legislación por otra.

Más delicados son los problemas planteados por la teoría jurisprudencial llamada de las *circunstancias excepcionales.*[33]

85. — A. **Definición.** En algunas situaciones de crisis el respeto a la legalidad podrá paralizar la administración, al prohibirle tomar las medidas necesarias o retardándolas. ¿Es necesario, entonces, escoger entre la eficacia y el respeto al derecho? El Consejo de Estado ha preferido tratar de conciliarlos: admite que las situaciones excepcionales autorizan a la administración a infringir las leyes a las cuales normalmente debería someterse; pero los actos dictados en estas circunstancias, aunque escapen a la legislación ordinaria, no dejan por ello de estar sometidos al derecho: solamente lo están a un derecho especial, distinto del que se aplica en tiempo ordinario.

Por circuntancias excepcionales se entienden entonces ciertas situaciones de hecho que tienen el doble efecto de suspender la autoridad de las reglas ordinarias respecto de la administración, y de desencadenar la aplicación a estos actos de una legalidad particular en relación a la cual, el juez define las exigencias.

86. — B. **¿Cuándo hay "circunstancias excepcionales"?.** La *guerra* es la primera que ha sido considerada por el juez como creadora de circunstancias excepcionales. En la sentencia del 28 de junio de 1918, *Heyries* (*Gr. Ar.*, p. 139), el Consejo de Estado se basa sobre "las condiciones en las cuales se ejercían los poderes públicos durante la guerra" para proclamar la legalidad de un decreto por el cual el gobierno suspendió las garantías disciplinarias

[33] Mathiot "La théorie des circonstances exceptionnelles", *Mélanges, Mestre,* p. 413; Mlle. Birat: *La theorie des circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence du C.E.* tesis, Potiers, 1950; Fahmy Medany: *La théorie des circonstances exceptionnelles en droit français et egyptien.* tesis, Paris, 1954; Roif: *La theorie des circonstances exceptionnelles,* tesis, Paris. 1958; Nizard tesis, Paris. 1959.

instituidas por la ley en beneficio de los funcionarios, con el fin de hacer posibles las sanciones rápidas exigidas por las necesidades de la defensa nacional. *Cf.*, también en materia de libertades públicas, C.E., 28 de febrero de 1919, *Dlles Dol et Laurent. Gr. Ar.*, p. 153. La jurisprudencia nacida entre 1914 y 1918 se confirmó a propósito de la guerra de 1939-1945; ella se ha extendido a otras situaciones de hecho: tensión política después de la Liberación (T.C., 27 de marzo de 1952, *dame de la Murette, Gr. Ar.*, p. 382), amenaza de huelga general (C. E., 18 de abril de 1947, *Jarrigion. S.*, 1948, III, p. 33, nota Rivero), problemas sociales, etc. El Consejo de Estado se rehusó, sin embargo, de calificar de "excepcionales" las circunstancias del mes de mayo de 1968; él las declaró simplemente "particulares", pero pese a este eufemismo, les atribuyó los mismos efectos que las circunstancias excepcionales (12 de julio de 1969, *Chambre de Commerce de Saint Etienne, A.J.D.A.*, 1969, p. 565).

En todos estos casos se encuentran los mismos elementos: una situación anormal, que impone a la administración la obligación de actuar bajo pena de comprometer el interés general, y que no permite la observancia de las reglas ordinarias, sea por imposibilidad material (interrupción de las comunicaciones con la autoridad superior, por ejemplo), sea porque arriesga, al retardar la acción necesaria, de afectarla de ineficacia.

87. — C. **Efecto de las circunstancias excepcionales.** Este es doble: 1º La autoridad administrativa está dispensada de la observancia de aquellas reglas legales que comprometerían su acción: reglas de competencia (puede actuar más allá de su competencia normal), reglas de forma y de procedimiento; reglas de fondo (puede atentar contra las libertades públicas). El juez se reserva hacer la selección entre aquellas reglas cuyo desconocimiento impondrían las circunstancias, y aquellas que permanecían obligatorias. El lo hace con mucho realismo, llegando a admitir que las circunstancias pueden conferir a los actos de simples particulares que se han sustituido a las autoridades faltantes, la calidad de actos administrativos regulares (C. E., 7 de enero de 1944, *Lecoq. R. D. P.*, 1944, conclusiones Leonard, nota Jéze).

2º La autoridad administrativa está vinculada por la "legalidad de crisis", igualmente definida por el juez. De esta legalidad,

los elementos fundamentales conciernen, por una parte, al fin perseguido —el acto del tiempo de crisis debe necesariamente buscar a enfrentar la crisis—, y por la otra, a los medios puestos en marcha, los cuales deben estar adaptados a ese fin.

3º Sobre el terreno, no ya de la legalidad sino de la *responsabilidad administrativa,* debe señalarse desde ahora, que las circunstancias excepcionales conllevan toda una serie de consecuencias: ciertos actos, erróneos en período normal, dejan de comprometer la responsabilidad; otros, que, por su gravedad, constituirían normalmente vías de hecho dependientes de la competencia del juez judicial, se reputan simples faltas y entran bajo la competencia administrativa. (T.C., *dame de la Murette,* precitado); a veces, en fin, los actos que causan daños, dictados en períodos de excepción aun cuando reconocidos como no errados, comprometen, sin embargo, la responsabilidad administrativa sobre la base del riesgo.

88. — D. **Control del juez sobre los actos dictados en período de excepción.** Este es uno de los elementos esenciales de la teoría; manteniendo su control sobre estos actos, el juez hace efectiva su sumisión a la legalidad. El control se ejerce para comenzar, sobre la existencia de las circunstancias excepcionales alegadas por la administración; el juez en cada caso concreto, decide si las circunstancias invocadas merecían verdaderamente esta calificación, y a partir de qué momento se opera el regreso a la normalidad. Por otra parte, verifica, sobre la base indicada, si las medidas atacadas responden a las exigencias de la "legalidad de excepción", y en caso contrario, las anula.

89. — E. **Alcance jurídico de la teoría.** Ella no constituye, en definitiva, una verdadera excepción al principio de legalidad. Se observa, a justo título, que querer aplicar los textos a situaciones que sus autores evidentemente no habían tenido en vista al elaborarlos, es desconocer sus verdaderas intenciones. Se añade que la sobrevivencia del Estado condiciona toda legalidad y que comprometer esta sobrevivencia por un apego formalista a la regla ordinaria, sería en definitiva, destruir la base de la legalidad. Finalmente la teoría de las circunstancias excepcionales se acerca a otras construcciones jurisprudenciales que proceden de concepciones análogas: incluso en período normal, la legalidad de una decisión administrativa depende frecuentemente de circunstancias

de hecho en las que intervienen: la urgencia (en materia de policía principalmente) y la realidad de la vida local (por ejemplo, en lo que concierne a las iniciativas económicas de las comunas), justifican extensiones de competencia. En materia de contratos administrativos, circunstancias imprevisibles pueden conllevar una suspensión de las obligaciones contractuales (teoría de la imprevisión). La teoría de las circunstancias excepcionales es la expresión más acabada de estas tendencias. Ella ofrece, sin embargo, un peligro: la administración puede cubrir, con el pretexto de "circunstancias excepcionales", medidas arbitrarias, y el control del juez, que e ejerce *a posteriori,* no está en la medida de detener estas tentativas.

TITULO III

LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION

90. — **Definición.** La actividad de la administración como toda actividad humana, adopta dos vías: la de la *decisión* y la de la *operación.* Administrar es a la vez, elaborar los actos jurídicos que fijan los derechos y las obligaciones respectivas de las personas públicas y de los particulares, y cumplir la masa de operaciones tanto materiales como intelectuales que exige la satisfacción del interés general.

Las *operaciones administrativas* son múltiples y multiformes, sea que precedan y preparen las decisiones (estudios previos), sea que constituyan la ejecución de éstas, y más ampliamente, el cumplimiento del servicio.

Pero sea cual sea su importancia práctica, su rol jurídico permanece secundario: si ellas pueden dar nacimiento a obligaciones, es de manera indirecta —por ejemplo al causar un daño que abra un derecho de reparación en beneficio de la víctima—; a menudo ellas son la ejecución material de obligaciones preexistentes.

El *acto jurídico de la administración,* por el contrario es, como todo acto jurídico, *un acto de voluntad destinado a introducir un cambio en las relaciones de derecho que existen en el momento en que él interviene,* o mejor, a *modificar el ordenamiento jurídico.*

91. — **Clasificación de los actos administrativos.** Para clasificar los actos administrativos es posible ubicarse bajo varios puntos de vista.

1º Tomando en cuenta su *objeto,* el decano Duguit y sus discípulos distinguen los actos que tienen por objeto una disposición general (*acto-regla,* cuyo tipo es el reglamento), una situación jurídica individual (*acto subjetivo* cuyo tipo es el contrato), o la aplicación de un régimen general a un caso individual (*acto-*

condición, así denominado porque *condiciona* la aplicación de ese régimen al caso particular, siendo el tipo, el nombramiento de un funcionario).

2º El punto de vista más generalmente admitido se refiere más que al objeto, a la *formación del acto*: se distingue el acto *unilateral,*[1] que es obra de una sola voluntad, sea individual, sea colectiva (deliberación de una asamblea) y el acto *bi-o-plurilateral* que se forma por el encuentro de dos o varias voluntades: el tipo de éstos es el contrato. El acto unilateral ocupa en el derecho administrativo un lugar mucha más importante que en el derecho privado; bajo la forma de la *decisión ejecutoria,* constituye el modo de acción normal de la administración; sin embargo, el procedimiento contractual es frecuentemente utilizado por ella, sea que realice contratos ordinarios, sea que recurra al régimen jurídico particular de los *contratos administrativos.*

3º La distinción precedente permanece esencial. Ella deja, sin embargo, lugar a un cierto margen de indeterminación.[2]

—En ciertos casos, el acto aparentemente unilateral no hace otra cosa sino registrar el resultado de un acuerdo logrado luego de una negociación entre la administración y los interesados: así, por ejemplo, en materia de aumentos en las remuneraciones en la función pública.

—Los actos que se presentan bajo una forma contractual son considerados como unilaterales por la jurisprudencia: el Consejo de Estado, con respecto a un acuerdo celebrado entre la administración y un grupo de profesionales en materia de fijación de precios en el marco de la ordenanza del 30 de junio de 1945, pudo hablar de "un acto reglamentario tomado en acuerdo" con los interesados (23 de octubre de 1974, *Valet, A. J.*, 1975, p. 63).

—Finalmente, la política denominada "de la administración contractual" (*infra,* Nº 107-4º) hace aparecer, en el terreno de la economía y del ordenamiento del territorio, en particular, actos

[1] G. Dupuis: "Définition de l'acte unilatéral", *Mélanges, Eisenmann,* 1975, p 205.

[2] Sobre las situaciones intermedias: Y. Madiot: *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral,* 1971; A. de Laubadère: "Les difficultés actuelles de l'identification du contrat administratif", *Estudios de Derecho Administrativo,* T. I, p. 69, Montevideo, 1978.

que si bien registran un acuerdo, no presentan las características jurídicas de un contrato. Podríamos preguntarnos si no se trata de una nueva categoría de actos administrativos.

Pero éstas no son más que tendencias. La acción administrativa sigue dominada por la distinción clásica entre la decisión ejecutoria y el contrato administrativo. Los estudiaremos sucesivamente.

CAPITULO I

La decisión ejecutoria

Por regla general nadie, en las relaciones entre particulares, puede ver su situación jurídica modificada sin su consentimiento, por la sola voluntad de otro. El acuerdo de voluntades es el procedimiento normal de la acción jurídica privada. A veces sucede que un particular pareciera adoptar una decisión unilateral que tiene efecto en relación con otro; pero esto sucede —al menos en teoría, y salvo raras excepciones, de las que la mayoría se refieren (adopción, emancipación) al derecho de familia—, sea en virtud de un consentimiento previo dado por el interesado (ejemplo: el asalariado, por el contrato de trabajo acepta someterse a las decisiones que adopte el patrón en materia disciplinaria), sea bajo reserva de un consentimiento ulterior (aceptación de un testamento, de una donación).[3] Estas reglas traducen un postulado fundamental: la igualdad jurídica de las voluntades humanas.

En el derecho administrativo, al contrario, la administración puede modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin el consentimiento de los interesados. Es esta una prerrogativa característica de la potestad pública. La decisión ejecutoria es el acto por el cual la administración pone en marcha este poder de modificación unilateral de las situaciones jurídicas. Es el procedimiento tipo de la acción administrativa, el más utilizado en la práctica y el más característico desde el punto de vista doctrinal.[4]

[3] Martin de la Moute: *L'acte unilatéral en droit privé,* tesis, Toulouse, 1951.

[4] Lavialle: *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français,* 1974; Py: *Le rôle de la volonté dans les actes administratif unilatéraux,* 1976.

Sección I. Caracteres generales

92 bis. — **Circulares e instrucciones de servicio.** 2º Con el constituyen **una decisión.** Es necesario, en primer lugar, distinguir la decisión ejecutoria de los actos administrativos unilaterales que no constituyen una decisión. La distinción, fácil en la mayoría de los casos (1º), origina problemas más delicados, en relación, por un lado con las *circulares* (2º), y por el otro, con las *directrices o directivas* (3º).

1º Un cierto número de actos unilaterales no constituyen decisiones, porque sus autores, al tomarlos, no han querido modificar las situaciones jurídicas existentes. Pertenecen a este grupo:

—*Los actos puramente declarativos.* Es el caso de los pronunciamientos (*voeux*) emitidos por una asamblea deliberante.

—*Los actos que preceden y preparan una decisión*: las opiniones previas (*infra,* Nº 317) y bajo reserva, las instrucciones de servicio (*infra,* 2º). La jurisprudencia ubica en esta categoría a los "*actos-tipos*":[5] se designan como tales, modelos que una autoridad superior propone, y de hecho impone, sea a una autoridad jerárquicamente subordinada, sea también a una autoridad descentralizada, para las decisiones que corresponden a su competencia. Mediante esta técnica, el superior confisca, prácticamente en su provecho, los poderes de las autoridades inferiores. El acto-tipo no puede ser menos que considerado como un acto preparatorio.

—Los actos que son la continuación necesaria de la decisión, pero que no le añaden nada: tal es el caso de la *notificación* de la decisión individual a su destinatario.

92 bis. — Circulares e instrucciones de servicio. 2º Con el nombre de *circulares,* o de *instrucciones de servicio,* se designan las comunicaciones por las cuales un superior jerárquico, normalmente el Ministro, hace del conocimiento de sus subordinados sus intenciones sobre un punto relativo a la ejecución del servicio o a la interpretación de una ley o de un reglamento.[6] La circular

[5] P. Rongère: *Le procédé de l'acte-type,* 1967.

[6] J. J. Chevallier: *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir,* tesis, Nancy, 1924; J. Rivero: *Les mesures d'ordre intérieur administratives,* tesis, París, 1934; Levantal: "L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives", *D.* 1954. Chr., p. 99; Charlier: "Circulaires, instruction de services et autres prétendues mesures d'ordre intérieur", *J.C.P.,* 1954, I, Nº 1169.

es, en principio, un acto puramente interno destinado solamente a los agentes del servicio que deben sujetarse a la misma, en virtud de la obediencia jerárquica, pero sin efecto, en relación con los administrados, quienes seguramente los ignoraban antes de que la ley del 17 de julio de 1978 (*infra*, Nº 95 bis) viniera a organizar su publicación. Sin embargo, aunque ellos estén informados, de las circulares, no pueden ni prevalecerse de su violación, ni pedir su anulación. De todos modos, ha sucedido que mediante la forma de circulares, los Ministros hayan modificado la situación de los administrados; en este caso, el Consejo de Estado no ha dudado en encontrar, en la circular, una verdadera decisión reglamentaria, contra la cual ha declarado admisible el recurso por exceso de poder (C.E., 29 de enero de 1954, *Institución N. D. du Kresker, Gr., Ar.;* 413; Conclusiones Tricot, R.D.P.A., 1954, 50: "por la circular... el Ministro no se ha limitado a interpretar los textos en vigor, sino a... fijar nuevas reglas"), lo que lo ha llevado a anular la circular por incompetencia, ya que los Ministros no tienen un poder reglamentario general (C.E., 13 de enero de 1975, *Da Silva et C.F.D.T., A.J.D.A.;* 1975, p. 258, para las circulares *Fontanet* sobre los trabajadores inmigrantes, 7 de julio, de 1978, *Essaka, A. J.*, 1979, Nº 1, p. 47, para la circular autorizando la detención de los extranjeros antes de la expulsión). Con el objeto de evitar este resultado, que puede ser inconveniente si la circular en cuestión presenta una utilidad práctica, la jurisprudencia ha subordinado a condiciones cada vez más estrictas el reconocer, en una circular, su carácter de decisión (C.E., 8 de febrero de 1967. *Syndicat national de l'Enseignement secondaire, A. J.*, 1967, p. 408).

92. ter. — Directrices[7] o Directivas. 3º De las circulares, la jurisprudencia distingue *las directrices*, las cuales toman con frecuencia de aquéllas su forma (C.E., 11 de diciembre de 1970, *Credit foncier de France, Gr. Ar.*, p. 550). Se trata de disposiciones mediante las cuales una autoridad, investida de un poder discrecional, cuyo ejercicio le impone, en principio, el examen de las situaciones

[7] Sobre la directriz: J. Boulouis "Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les directives", *Mélanges, Eisenmann*, 1975, p. 191; P. Delvolvé: "La notion de directive", *A.J.D.A.*, 1974, p. 459; Pavlopoulus: *Les directives en droit administratif*, 1978.

individuales a las cuales se aplica, da a conocer los criterios generales a los cuales ella subordinará sus decisiones, sin que por ello se abstengan de derogarlas en un caso particular si estima que éste lo exige. Por ejemplo, el Ministro indica las condiciones bajo las cuales él acordará, en principio, cierta subvención económica, pero reservándose la posibilidad de dársela a cierta empresa que no respondiera a estas condiciones, si estima que el interés general lo justifica. El juez se niega a ver, en la directriz, una decisión propiamente dicha: el recurso por exceso de poder no es admisible contra ella (C.E., 29 de junio de 1973, *Sté Gea, R.D.P.*, 1974, p. 547, nota Waline). Es por ello por lo que no se impone la publicación, solución que la ley del 17 de julio de 1978 felizmente descartó, organizando su publicación. Pero el juez, sin embargo, vincula a la directriz algunos efectos jurídicos: la decisión individual tomada con referencia a una directriz es legal, salvo si la directriz misma es considerada como ilegal; al contrario, la negativa de aplicar a un particular una directriz cuando responde a los criterios que ella prevé es ilegal, salvo si aspectos particulares justifican esta derogación. Estamos entonces en presencia de una noción híbrida, por la cual la administración tiende a disciplinar el ejercicio de su poder sin vincularse por ello, y cuyos contornos jurídicos están lejos de ser fijados. Además, la noción se encuentra oscurecida por el hecho de que el legislador califica, a veces, directrices en materia de urbanismo y de ordenación del territorio, especialmente como verdaderas decisiones reglamentarias. Este es el caso de las "directrices de ordenamiento nacional" previstas por el Código de Urbanismo (C.E., 31 de enero de 1975, *Ministre de l'amenagement du territoire, A. J.*, 1975, p. 140).

93. — **B. La decisión ejecutoria, decisión administrativa.** 1° *El punto de vista orgánico.* El carácter administrativo de la decisión ejecutoria deriva, esencialmente, de la cualidad del órgano del cual emane: en principio solamente las autoridades administrativas, que detentan el poder público, pueden tomar decisiones ejecutorias. Pero la expresión debe ser entendida en sentido amplio. Ella no designa solamente las autoridades investidas de un poder general de decisión: Primer Ministro y Ministros de Estado, Prefecto y Consejo General en el Departamento de Jefe Civil y Concejo Municipal en la comuna, ya que los jefes de

servicio, en las diferentes escalas, pueden decidir unilateralmente en el marco de su competencia.

2º *El punto de vista material.* Como una excepción a la regla anterior, ciertas personas privadas han recibido el mismo poder para el ejercicio de la misión de servicio público que les ha sido confiada. Esta prerrogativa, acordadas, en un primer momento, a los colegios profesionales (*infra,* Nº 515), ha sido extendida a asociaciones o a sociedades que gestionan servicios públicos administrativos, y a sociedades que gestionan servicios industriales y comerciales para cuestiones relativas a la organización del servicio. Ciertos autores han concluido en que el carácter administrativo de la decisión, debe definirse, sin embargo, no en función del órgano del cual ella emana, sino por su relación con la misión del servicio público. (C.J., conclusiones de M. Khan, T.C., 3 de marzo de 1969, *Sté Interlait, A. J.,* 1969, p. 307). Esta interpretación tiene el error de haberse basado, no sobre la situación más general, sino sobre casos específicos que no son más que excepciones respecto de una regla firmemente establecida.[8]

94. — C. **Las diversas categorías de las decisiones ejecutorias.** El punto de vista esencial para diferenciar las decisiones ejecutorias, es el punto de vista material, es decir, la naturaleza de las modificaciones que ellas introducen en el orden jurídico.

1º La distinción más importante es aquella que distingue entre las decisiones *reglamentarias*, que establecen un regla general, y las decisiones *individuales,* que rigen para una persona especialmente designada. Resalta a menudo el carácter de generalidad común al reglamento y a la ley, para definir al reglamento como "una ley material". La expresión no tiene sino un interés limitado, ya que el derecho francés, a diferencia de algunos derechos extranjeros, ve en el reglamento un acto administrativo sometido al mismo régimen que el acto individual. Esta unidad de régimen da lugar, sin embargo, a algunas excepciones que le dan, a la distinción entre las dos categorías de actos, su importancia práctica. Las principales se refieren a la forma de publicidad (*infra,* Nº 101), a las condiciones de derogación o de

[8] Sabourin: "Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif", *R.D.P.,* 1971, p. 589.

retiro (Nº 102), a la competencia de los tribunales judiciales en lo que atañe a la interpretación y la apreciación de su legalidad (Nº 181, s.). La distinción, clara en un principio, se revela delicada en ciertos casos extremos, particularmente cuando el acto tiene por objeto una situación *particular*, pero no *individual*, como por ejemplo, la declaración de utilidad pública previa a una expropiación (C.E., 14 de febrero de 1975, *Epoux Merlin, A. J.*, 1975, p. 235).[9]

Los actos *colectivos* son una yuxtaposición de decisiones individuales solidarias las unas de las otras (por ejemplo, lista de admisión a un concurso, lista de ascenso de funcionarios).

2º Las decisiones pueden *crear* una situación nueva, *modificar* una situación existente o *suprimirla.*

3º Por otro lado se debe distinguir, ya que su ejecución plantea problemas diferentes (*infra,* Nº 98), las decisiones que crean, en beneficio de los particulares, *derechos* o *facultades* (por ejemplo: otorgamiento de un grado universitario, autorización), de aquellas que le imponen *obligaciones,* sea de dar (requisición de bienes), sea de hacer (requerimiento de servicio), sea de no hacer (prohibiciones) y de aquellas, por último, que confieren un estatuto en el cual derechos y obligaciones se encuentran mezclados (nombramiento de funcionarios).

SECCIÓN II. La elaboración de la decisión ejecutoria

§ 1. El procedimiento de la elaboración

95. — A. El procedimiento administrativo no contencioso.[10] Las formalidades que son impuestas a las diversas autoridades en virtud de los textos o de la jurisprudencia varían considerablemente según la decisión examinada: consultas obligatorias de diversos organismos (*infra,* Nº 317), concertación entre las administraciones concernientes; a veces encuestas entre los interesados, tanto en procesos que tienden, bien sea a asegurar la calidad de

[9] Bergerès: "Les actes non réglementaires", *A.J.*, 1980, Nº 1, p. 3.

[10] Auby: "La procedure administrative non contentiense", *D.*, 1956, Chr., p. 27; bajo el mismo título la obra de Y. Isaac, 1968; Hostiou: *Procedure et formes de l'acte administratif unilatéral*, 1974; C. Wiener: *Vers une codification de la procedure administrative*, 1975.

la decisión, bien sea a otorgar garantías a los particulares. Durante largo tiempo se ha subestimado la importancia, más ampliamente admitida en el extranjero donde se han esparcido, de los códigos del Procedimiento Administrativo. En Francia, es sólo desde hace algunos años que un esfuerzo de sistematización ha sido emprendido por la doctrina, particularmente, en la perspectiva de una mejor protección de los administrados, mejor asegurada por las garantías previas a la decisión que por los recursos ejercidos *a posteriori*. Se designa a ese conjunto de estas reglas, bajo el término de procedimiento administrativo no-contencioso, para distinguirlo de las reglas del procedimiento contencioso que se aplican ante los tribunales administrativos.

Las diversas formalidades previas, que resulten de los textos o de la jurisprudencia, son o facultativas —es el caso de la mayoría de aquellas que no tienden sino a mejorar o a facilitar para la administración la toma de decisiones—, o bien obligatorias, cuando ellas constituyen garantías para los particulares. Su omisión, en el último caso, conlleva la anulación de la decisión, si ella es sometida al juez, por vicio de forma (*infra*, Nº 257).

95 bis. — B. El secreto administrativo.[11] 1º La elaboración de la decisión, aparte de los casos excepcionales respecto de los cuales los textos preveían expresamente ciertas formas de publicidad, era como la encuesta pública en materia de expropiación, dominada tradicionalmente por el principio del secreto. El interesado no estaba en capacidad de conocer las distintas fases del proceso que habían determinado el sentido del acto.

2º Una primera excepción a esta regla se había establecido en el caso de decisiones por las cuales la administración sanciona una falta en el comportamiento. A partir de los textos relativos a las sanciones disciplinarias contra los funcionarios, la jurisprudencia ha hecho, del respeto de los derechos de la defensa,[12] un principio general del derecho, que otorga a la persona afectada por la medida sancionadora, la posibilidad de conocer las acusaciones formuladas contra ella, y de presentar los argumentos a su favor (C.E., 5 de mayo de 1944, *Dame Trompier-Gravier, Gr. Ar.*, p. 283).

11 Morange: "Le secret en droit public français", *D.*, 1978, Chr., p. 1.
12 Odent: "Les droits de la défense", *E.D.C.E.*, 1953, p. 55.

3º La regla del secreto, difícilmente aceptable en una administración que se dice democrática, abandonada en varios países (Suecia en el siglo XVIII, Estados Unidos en 1969, etc.) había tenido un primer retroceso, luego de diversas iniciativas gubernamentales y parlamentarias, con la creación, por medio de un decreto del 11 de enero de 1977, de una comisión encargada de favorecer la comunicación al público de documentos administrativos.

La reforma decisiva fue realizada por la ley del 17 de julio de 1978 (Título 1º):[13] ella hace de la publicidad la regla y del secreto la excepción. Asimismo, los motivos que justifican la excepción son limitados, en cuanto a su número (artículo 6). Una *comisión de acceso a los documentos administrativos* es la encargada de velar por el respeto de estas reglas. Ella puede ser requerida, bien sea por las administraciones en cuanto a los problemas que surgen de la aplicación de la ley, bien sea por los particulares que se tropiezan con un rechazo de comunicación. Ella dirige, en este caso, una opinión motivada a la administrtación interesada destacando el fundamento de una posible demanda. Si esa opinión no es respetada, el juez administrativo será llamado a resolver.

La ley organiza, por otro lado, la publicación regular de las directrices, circulares e instrucciones.

Esta reforma capital siguió la misma línea que la ley del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, que permite a cualquier persona conocer, y llegado el caso, cuestionar las informaciones nominativas que le concierne y que figuran en un fichero automatizado.[14] Con la ley del 18 de julio de 1979, sobre la obligación de motivar las decisiones (*infra,* Nº 96 bis), ella constituye una etapa determinante en la vía de adaptación de la administración a los imperativos de una sociedad democrática.

§ 2. La forma de las decisiones administrativas

96. — A. **Principios generales.** La decisión ejecutoria no está sujeta a una forma determinada. No existen formas comunes a todas las decisiones administrativas. Cada autoridad debe regir-

[13] Sobre la ley, A. de Laubadère: "Crónica de legislación", *A.J.*, 1978, p. 495.

[14] Kayser et Frayssinet: *R.D.P.*, 1979, p. 629.

se por aquellas que le son prescritas de manera general, y eventualmente, por la decisión considerada. Normalmente, las decisiones del Presidente de la República y del Primer Ministro toman la forma de *decreto,* las de los ministros, prefectos y alcaldes la forma de *resolución,* las de las asambleas, la forma de *deliberación:* pero ocurre que la decisión puede ser tomada fuera de estas formas, por escrito o verbalmente. Hay decisión ejecutoria desde el momento en que la autoridad competente manifiesta de manera no equívoca su voluntad de producir un cierto efecto jurídico.

La decisión puede, por otra parte, ser puramente *tácita*: cuando la administración requerida por una solicitud, no ha respondido en un plazo de cuatro meses, su silencio es normalmente interpretado como un rechazo, y excepcionalmente, cuando es previsto en un texto, como una aceptación.

La decisión expresa, cuando emana de una autoridad individual, debe llevar la *firma* de ésta (sobre la delegación de la firma, *infra,* Nº 256). La firma, en el caso de decisiones del Presidente de la República o del Primer Ministro, deben ser refrendadas por los ministros concernientes. Por otra parte no hay que perder de vista que, si el rito de la firma da al acto su fuerza jurídica, la determinación de su contenido resulta de un proceso complejo; el autor real es aquel que fijó el sentido de la decisión y no siempre se corresponde con el autor jurídico. El estudio de estos procesos de decisión es uno de los objetos importantes de la ciencia administrativa.[15]

96 bis. — B. La obligación de motivar. 1º Así como la decisión del juez conlleva obligatoriamente la exposición de motivos en las cuales se funda, la administración no está obligada a motivar las suyas, salvo en los casos en los cuales los textos disponen lo contrario. El Consejo de Estado se negó siempre a ver en estos textos las aplicaciones de una obligación general de motivar. Los ha interpretado al contrario, como excepciones a la regla de la no-motivación. Sin duda, reservaba al juez administrativo la posibilidad, si lo estimaba necesario, de exigir al autor de un

---

[15] Braibant et Wiener: "Processus et procedure de décision", *Mélanges, Stassinopoulos.* 1974, p. 463; Moderne: "Proposition et décision", *Mélanges, Waline,* 1974, T. II, p. 595.

acto impugnado, de revelarle los motivos (*infra*, Nº 266). Pero esta obligación, ligada al ejercicio del recurso, no existe sino frente al juez. Esta no podía confundirse con la motivación obligatoria, destinada a esclarecer al administrado sobre las razones de la decisión que le concierne. El Consejo de Estado había atenuado un poco el rigor de su posición: decidió que, aunque no hubiera texto, las decisiones de un organismo profesional deberían ser motivadas (27 de noviembre de 1970, *Agence maritime Marseille-Fret, A. J.*, 1971, p. 44) y extendió esta obligación a otros organismos "en razón de su composición, de su naturaleza y de sus atribuciones" (13 de noviembre de 1974, *Guizelin, A. J.*, 1975, p. 32). A la vez mantenía igualmente firme el principio de la ausencia de obligación de motivar (10 de febrero de 1978, Rischmann).[16]

2º La ley del 18 de julio de 1979 [17] puso fin a esta prerrogativa abusiva, que acentuaba el carácter autoritario de la decisión ejecutoria, en los casos que resultaban particularmente chocantes. La obligación de mencionar en el cuerpo de la decisión "las consideraciones de derecho y de hecho que constituyen su fundamento", se aplica en adelante:

—A todas las decisiones individuales *desfavorables*, tales como medidas de policía o restrictivas de las libertades, sanciones, retiro o derogación de una decisión creadora de derecho, etc. La lista detallada de las decisiones correspondientes a los rubros apuntados en el artículo 1º de la ley ha sido determinada de una manera muy completa por las circulares del 31 de agosto de 1979 y del 10 de enero de 1980.

—A las decisiones individuales que contienen *derogación* de una regla general.

En todos estos casos, la no-motivación conlleva la ilegalidad de la decisión por vicio de forma. Así ocurre, salvo cuando un *secreto* protegido por la ley (secreto de la defensa nacional), prohíbe la revelación de los motivos, cuando la extrema urgencia lo obstaculiza, o bien, cuando se trata de una decisión *implícita*, que es

[16] Sur: "Sur l'obligation de motiver les actes administratifs", *A.J.*, 1974, p. 349; Dupuis: "Les motifs des actes administratifs", *E.D.C.E.*, 1974-75, p. 16.

[17] Sur: "Motivation ou non motivation les actes administratifs", *A.J.*, 1979, Nº 9, p. 3.

resultado del silencio de la administración. Pero en estos dos últimos casos, el autor de la decisión debe, a solicitud del interesado, darle a conocer los motivos en el curso del mes.

No obstante las dificultades que tenga que confrontarse para su aplicación, la ley constituye una etapa decisiva en la adaptación de la administración a las necesidades y mentalidades de los administrados.

SECCIÓN III. Efectos de la decisión ejecutoria

En sus efectos es que la decisión ejecutoria presenta netamente la marca de la potestad pública: de una parte, ella *modifica unilateralmente la situación jurídica a la que se dirige*[18] (§ 1); pero además, la administración dispone de prerrogativas exorbitantes del derecho común para traducir en hechos el nuevo orden jurídico así creado, es decir, para *ejecutar la decisión.* (§ 2). Pero estos efectos están limitados por una cierta *duración* (§ 3).

§ 1. La decisión ejecutoria modifica el orden jurídico

97. — **El privilegio de la presunción previa.** (Le privilége du préalable). La decisión ejecutoria goza, antes de toda verificación por el juez, de una *presunción de conformidad con el derecho.* De lo que derivan varias consecuencias:

1º La afirmación de la situación jurídica nueva, crea inmediatamente esta situación. El particular afectado por la decisión se encuentra, desde que ella interviene, titular del derecho o de la obligación que ella ha querido establecer: él es acreedor, o deudor, obligado de hacer o de no hacer, investido de un nuevo *status,* etc.

2º El particular puede hacer caer la presunción de legalidad que autoriza este efecto, realizando ante el juez, la prueba de la no conformidad de la decisión con el derecho, normalmente por el recurso por exceso de poder, eventualmente por el juego de la excepción de ilegalidad.

3º Pero, por una parte, el recurso no es *suspensivo*: la decisión produce su pleno efecto hasta el momento en que el juez

[18] Lefébvre: *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit français et anglais,* tesis, París, 1957.

constata la ilegalidad; por otra parte, la administración, en este recurso, está en situación de demandada: le corresponde al particular hacer la carga de la prueba de la ilegalidad que él afirma, bajo la sola reserva de las atenuaciones que pueda aportar a esta regla, el poder de instrucción que corresponde al juez administrativo (*infra,* Nº 226).

En general se designa como *privilegio de la presunción previa,* la situación en que se encuentra la administración por el hecho de la autoridad que se asigna a su decisión, *previamente a toda* verificación por el juez. El decano Vedel utiliza la expresión *autoridad de cosa decidida,*[19] por analogía con la *autoridad de cosa juzgada.*

§ 2. La ejecución de las decisiones ejecutorias

98. — Las diversas hipótesis. La decisión dictada, queda por ejecutarse, es decir, por traducirse en hechos la situación creada. Desde este punto de vista, hay que distinguir varias situaciones de hecho.

1º La ejecución incumbe, en totalidad o en parte, a la administración misma. En este caso le corresponde adoptar todas las medidas necesarias; por ejemplo: el pago de la subvención que la decisión ha acordado, cesación del pago del sueldo a un funcionario después de la decisión de destitución o remoción, etc.

2º La decisión acuerda a un particular un derecho o una facultad (por ejemplo: autorización de ocupar una parcela del dominio público, permiso de construcción, permiso de caza): en este caso es al particular a quien corresponde usar su derecho, la administración sólo está obligada a no poner obstáculo.

3º La decisión asigna a un particular una obligación. Es el problema más difícil: en este caso, el particular puede poner obstáculo a la ejecución, la cual depende de él. ¿Cómo puede la administración constreñirlo a obedecer?

99. — La ejecución de las obligaciones por los particulares.[20] 1º El principio fundamental, que se deriva de la presunción de

[19] Schwarzenberg: *L'autorité de chose décidée,* 1969.
[20] Chinot: *Le privilège d'action d'office de l'administration,* tesis, París, 1954.

legalidad, referida anteriormente, es que *el particular está obligado a ejecutar*:[21] la administración no tiene nunca necesidad, para constreñirlo, de recurrir al juez para obtener un título ejecutorio, como sí lo tienen que hacer los particulares entre ellos. Es este carácter el que pone en pleno relieve el término mismo de decisión *ejecutoria*.

2º Normalmente la administración cuenta con el *temor a la sanción penal* para vencer las desobediencias eventuales: el particular si se rehúsa a ejecutar, es llevado ante el juez represor que lo condena a la pena prevista. Se espera que esta perspectiva sea suficiente para constreñirlo a obedecer.

3º Por supuesto que esta vía supone conforme a la regla fundamental de la represión penal, *nulla poena sine lege*, que un texto haya consagrado como infracción, la desobediencia a la decisión administrativa, y haya precisado la sanción correspondiente. Es el caso de los reglamentos de policía para los que el artículo R. 26-15º del Código Penal prevé la sanción; otros textos particulares hacen lo mismo en lo que concierne a otras categorías de decisiones.

4º Al lado de la sanción penal la administración puede prever sanciones de carácter administrativo,[22] cuyo temor debe tener el mismo efecto indirectamente coercitivo (ejemplo: retiro de las cartas profesionales obligatorias en ciertas profesiones organizadas, como sanción a una falta a las obligaciones impuestas por la administración a los profesionales: retiro de la licencia de conducir por decisión del prefecto).

5º Puede suceder, o bien que el temor o incluso la aplicación misma de sanciones penales o administrativas no sean suficientes para provocar la obediencia del particular, o que ningún texto haya establecido tales sanciones respecto a una cierta categoría de decisiones, o, en fin, que la urgencia no permita esperar el funcionamiento de la represión penal y exija una ejecución inmediata. En estos casos, la administración dispone de una arma par-

[21] Salvo si la autoridad administrativa acepta no sancionar el no respeto eventual de la decisión, *Cf.* L. Tallineau: "Les tolérances administratives", *A.J.*, 1978, p. 3.

[22] Colliard: "La sanction administrative", *Annales Fac. Dr. Aix*, 1943; Munch: *La sanction administrative*, tesis, París, 1947; Mourgeon: *La répression administrative*, 1967.

ticularmente enérgica: ella puede poner la *coerción* al servicio de la ejecución. Si ésta no es rigurosamente personal, de manera que la administración pueda proceder a su ejecución en lugar del particular que se rehúsa, ella puede sustituirlo y ejecutarla *de oficio* (ejemplo: remolque de un vehículo estacionado irregularmente sobre la vía pública); si la ejecución implica un acto estrictamente personal (ejemplo: orden de requisición de un inmueble que obliga al ocupante a desocupar el lugar); ella podrá usar, contra el contraventor, la coerción material: es entonces *la ejecución forzosa*, propiamente dicha.

100. — Condiciones para recurrir a la coercion. Tanto la ejecución de oficio como la ejecución forzosa, entre las cuales la jurisprudencia parece no distinguir, constituyen ciertamente graves amenazas para la seguridad jurídica de los particulares. Sin embargo, no puede dejarse a la administración desarmada en presencia de la resistencia de los intereses privados. Algunas leyes han solucionado el problema autorizando expresamente la ejecución forzosa en las materias a las que se refieren. Fuera de estas hipótesis excepcionales, y en caso de silencio de los textos, la jurisprudencia, aunque autorizando la ejecución por la coerción, la encierra dentro de condiciones precisas, que han sido sistematizadas en las conclusiones del comisario del gobierno, Romieu, en la ocasión de una sentencia del Tribunal de Conflictos el 2 de diciembre de 1902, *Societé inmobiliére de Saint Just* (*Gr. Ar.*, p. 47; *Rec.*, p. 713, con las conclusiones).

1º La decisión a ejecutar debe tener su base en un texto de alcance general.

2º La administración debe estar enfrentada a una resistencia activa o pasiva; si no, el recurso a la coerción sería una vejación inútil.

3º La resistencia no puede ser vencida por otros medios, sea que los textos no prevén sanciones penales (era el caso en el asunto señalado, *Societé de Saint-Just*, relativo a una expulsión de religiosos en ejecución de la ley de 1901 sobre las congregaciones que había omitido de prever las sanciones), ni sanciones administrativas (C.E., 23 de enero de 1925, *Anduran, D.*, 1925, III, p. 43,

conclusiones de Josse), sea que las sanciones ya aplicadas permanezcan ineficaces.

4º *La urgencia* reemplaza, ella sola, las condiciones precedentes: ella autoriza siempre a la ejecución de oficio o forzosa, incluso sin resistencia a vencer y sin recurso previo a la sanción penal. Ella autoriza incluso a la administración a actuar de oficio sin haber dictado, previamente, una decisión ejecutoria que se hubiese tropezado con la desobediencia del particular. En el caso del decomiso de un periódico o el retiro de afiches juzgados como peligrosos para el orden público: la administración procede a retirar el período o a destruir los afiches; la medida tomada no está motivada por una desobediencia; no hay allí *ejecución,* sino *acción de oficio* (T. C., 12 de mayo de 1954, *Office publicitaire de France, J. C. P.,* 1954, II, Nº 8.382, nota de Rivero).

5º En toda hipótesis, e incluso en el caso precedente, las medidas tomadas no deben sobrepasar el fin buscado (T. C., 8 de abril de 1935, *Action Française, Gr. Ar.,* p. 230: irregularidad del decomiso de un periódico en todo el departamento del Sena, siendo el caso que los problemas que habían provocado este decomiso estaban localizados en el centro de París).

6º La extensión del dominio reglamentario realizado por la Constitución de 1958 tuvo algunas repercusiones sobre esta teoría: a partir de entonces, la determinación de las contravenciones y de las penas que le son aplicables compete, no ya a la competencia legislativa sino del poder reglamentario.[23] (C. E., 12 de febrero de 1960, *Ste Eky, D.* 1960, *J.,* p. 263. Sobre la divergencia que se manifestó a propósito de la ampliación de esta competencia reglamentaria entre el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional, *cf. supra,* p. 63, nota 1).

Por el contrario, no aparece que la administración haya adquirido el poder de autorizarse ella misma por vía reglamentaria, para recurrir a la ejecución forzada: este recurso, en efecto, conlleva necesariamente una limitación a las libertades públicas o a la propiedad, que el artículo 34 mantiene en el dominio legislativo.

[23] Levasseur: "Une révolution en droit pénal: le nouveau régime des contraventions", *D.,* 1959, Chr., p. 121.

§ 3. Duración de los efectos de la decisión ejecutoria

¿A partir de cuándo y hasta qué momento una decisión ejecutoria produce sus efectos?

101.—A. **La entrada en vigor de las decisiones ejecutorias.**[24]
1º La decisión produce su efecto desde el momento que ella es dictada. La administración, desde ese instante está obligada a someterse a ella. Pero esa decisión no puede *oponerla* a los particulares, es decir, aplicárselas, sino cuando se las haya dado a conocer.

La publicidad toma diversas formas: para las decisiones reglamentarias, la *publicación*, deberá realizarse, sea en el *Diario Oficial*, sea en un boletín administrativo, por cartel o en la prensa; para los actos particulares, se procederá a la *notificación* individual a los interesados, al menos cuando ello es materialmente posible.

2º El acto no produce efectos sino hacia el futuro: es la regla de la *no retroactividad de los actos administrativos* del que el Consejo de Estado ha hecho un principio general de derecho (25 de junio de 1948, *Société du journal L'Aurore, Gr. Ar.*, p. 312).[25] La administración no puede hacer remontar el efecto de su acto más allá de la fecha en la que intervino, sino cuando la ley la ha autorizado expresamente para ello; en su defecto, el juez anula la decisión en la medida en que pretende producir efectos retroactivos. El Consejo constitucional ha confirmado esta solución excluyendo la retroactividad del campo de la competencia reglamentaria (24 de octubre de 1969, *A. J.*, 1969, p. 693).

La regla de la no-retroactividad no se aplica, sin embargo, cuando un acto es anulado por el juez luego de un recurso por exceso de poder: en este caso, la ejecución de la sentencia obliga a veces a la administración, a tomar decisiones retroactivas para restablecer la situación como si el acto anulado no hubiese jamás sido dictado.

---

[24] Eisenmann: "Sur l'entrée en viguer des normes administratives unilatérales", *Mél.*, *Stassinopoulos*, 1974, p. 201.

[25] Auby: "L'incompétence ratione temporis", *R.D.P.*, 1953, p. 5; Letourneur: "Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs", *E.D.C.E.*, Nº 9, p. 37; O. Dupeyroux: *La régle de la non-retroactivité des actes administratifs*, tesis toulouse, 1954; Delvolve: "Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du C.E.", *Mél.*, *Waline*, 1974, t. II, p. 355.

102. — B. El fin de los efectos de la decisión.[26] 1º Una decisión puede fijar ella misma la duración de su aplicación de manera explícita (por ejemplo: autorización acordada por un año), o implícita (ejemplo: prohibición de una reunión prevista para una cierta fecha); en este caso, sus efectos cesan *ipso facto*, según sus propias disposiciones.

2º En el caso contrario, que es el más frecuente, el principio es que la decisión se aplica sin límite de duración, salvo anulación por el juez o por el superior jerárquico en caso de recurso, o hasta que su autor le ponga fin.

3º Para poner fin a los efectos del acto, su autor puede darle un alcance variable: por la *derogación*, busca desaparecer la decisión *para el futuro*, sea reemplazándola por un decisión diferente (en este caso, la abrogación puede ser tácita y resultar de la contrariedad entre la antigua y la nueva decisión), sea suprimiéndola pura y simplemente. Por la *revocación*, la administración adopta la decisión de manera *retroactiva*, a contar del día en que intervino: con ello, hace desaparecer totalmente los efectos, como puede hacerlo el juez que anula una decisión ilegal en base a un recurso por exceso de poder. La práctica, equivocadamente, utiliza, a veces, indiferentemente, la palabra "revocación" para estas dos series de efectos que son muy distintos.

4º Ni la derogación, ni la revocación, son enteramente *discrecionales*. Si la administración pudiera, con toda libertad, poner fin, en todo momento, a las situaciones que ella ha creado, los particulares estarían privados de la seguridad necesaria en toda vida social. A la inversa, no se concebiría una administración ligada a perpetuidad por sus decisiones: el interés general exige una adaptación constante a las realidades que cambian. Las reglas de la derogación y de la revocación, tal como han sido fijadas por la jurisprudencia, establecen un equilibrio entre estas exigencias contrarias; ellas varían, según que los actos sean, por una parte, *legales o ilegales*, y por la otra, *reglamentarios o individuales*,

[26] Delbez: "La révocation des actes administratifs", *R.D.P.*, 1928, p. 463; P. Louis-Lucas: "Le retrait des actes administratifs individuels", *D.*, 1952, Chr., p. 107; Waline: "Le retrait des actes administratifs", *Mél., Maestre*, p. 563; Auby: "L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs", *A.J.*, 1968, p. 342; Guillon et Bringuier: "Le pouvoir de retrait des actes administratifs", *A.J.*, 1978, p. 300.

y en fin, según que hayan *creado o no derechos,* es decir, que hayan conferido, sea al destinatario del acto, sea indirectamente a un tercero (por ejemplo: al funcionario nombrado en el cargo vacante por la destitución del titular), una situación jurídica más favorable que su situación precedente.

103. — Las condiciones de la derogación y de la revocación. 5º La *derogación* es relativamente fácil. El acto reglamentario puede ser siempre derogado y nadie puede oponerse a la modificación, hacia el futuro, de una situación general e impersonal, sean cuales sean los derechos que el reglamento haya podido hacer adquirir mientras estaba en vigor. Ella procede si es ilegal, por demanda del interesado, o por iniciativa de su autor. (C. E., 12 de mayo de 1976, *Debouche, A. J.,* 1977, p. 261). El acto individual, si no ha hecho adquirir un derecho, puede siempre ser derogado, si ha hecho adquirir el derecho, él puede serlo sólo en los casos y en las formas previstas, y no de manera discrecional, simplemente porque la administración haya cambiado de opinión. Desde el punto de vista formal, la decisión que pone fin a los efectos de un acto debe emanar, en principio, de la autoridad que ha dictado ese acto, decidiendo según el mismo procedimiento: es el principio llamado del *paralelismo de las formas.*[27]

6º La *revocación* está sometida a reglas más estrictas, lo que explica su carácter retroactivo. La distinción esencial es entre los actos creadores y no creadores de derechos.

El acto que no ha creado derechos puede ser revocado en todo momento por la administración y por cualquier motivo. La jurisprudencia considera como no creadora de derechos, la decisión adoptada por una autoridad inferior: el superior, en virtud de su poder jerárquico, puede imponer su retiro (C.E., 28 de marzo de 1968, *Manufacture de Pneumatiques Michelin, A. J.,* 1968, p. 342); de la misma manera "implica reconocimiento" y no es creadora, la decisión que se limita a establecer las consecuencias de una decisión precedente: las decisiones puramente pecuniarias, por ejemplo, que fijan una indemnización en virtud de un texto anterior (C.E., 15 de octubre de 1976, *Buissiere, A. J.,* 1976, p. 568, y la nota, p. 557). Entre los *actos creadores de derechos,* hay que distinguir a su vez, aquellos que son regulares los cuales no pueden ser

[27] Basset: *Le principe de l'acte contraire,* tesis, París 1968.

objeto de retiro por la Administración. Aquellos que son irregulares, por el contrario, pueden ser retirados en razón de esas irregularidades; se quiere permitir a la administración corregirlos ella misma, como el juez pudiera hacerlo. Pero no se puede, evidentemente, reconocerle un poder superior al poder del juez; por eso su derecho de revocación se establece, en el tiempo, a semejanza del poder de anulación por la vía contenciosa; la revocación es posible mientras pueda intentarse un recurso contencioso, es decir, en los dos meses siguientes a la decisión, y si un recurso ha sido efectivamente intentado, hasta que el juez haya decidido. Más allá, la revocación se vuelve irregular: la decisión, incluso ilegal, queda definitivamente firme. La jurisprudencia estima la seguridad jurídica como más importante que la legalidad misma (C.E., 3 de noviembre de 1922, *dame Cachet, Gr., Ar.*, p. 172). Yendo más lejos aún en esta vía, la jurisprudencia ha suprimido toda facultad de revocación a la administración respecto de una categoría particular de actos creadores de derecho: las autorizaciones implícitas que se derivan de la expiración de un cierto plazo. Incluso si son ilegales, éstas no pueden ser revocadas, aun en los dos meses (C.E., 14 de noviembre de 1969, *Eve, A.J.D.A.*, 1969, p. 694).

7º La decisión irregular de derogación o de revocación, puede ser anulada en base al recurso por exceso de poder, por el juez administrativo, lo que lleva a devolverle todos sus efectos a la decisión derogada o revocada erróneamente.

SECCIÓN IV. La validez de las decisiones ejecutorias

104. — Las diversas formas de la ilegalidad.[28] La decisión ejecutoria, como todas las formas de la acción administrativa, está sujeta al respeto de la regla de derecho, en virtud del principio de legalidad (*supra*, Nº 76 y s.). El recurso por exceso de poder da al principio su sanción normal, haciendo verificar por el juez la conformidad de la decisión con el derecho.

De ello resulta que es en el marco del recurso por exceso de poder que han sido definidas y clasificadas las diversas formas

---

[28] J. De Soto: *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéreaux*, tesis, París, 1941.

de ilegalidad que pueden viciar la decisión. Sus condiciones de validez se deducen *a contrario*: es legal la decisión que no está viciada por uno de los motivos que el juez que conoce del exceso de poder sanciona mediante la anulación. La teoría de la validez de las decisiones ejecutorias se confunden, pues, en cuanto al fondo, con la de los casos de anulación en materia de recurso por exceso de poder, tal como será expuesta (*infra*, Nº 252 y ss.); estos casos son la *incompetencia, el vicio de forma, la violación de la ley,* y la *desviación de poder.* Sin embargo, esta distinción tradicional de los cuatro "casos de apertura" se explica en parte por razones propias al desarrollo del contencioso. Un estudio directo de las condiciones de validez del acto debería partir del análisis de sus diversos elementos, e investigar las condiciones que cada acto debe satisfacer para estar conforme al derecho. Se distingue en esta perspectiva, los *elementos formales* del acto y sus elementos *materiales;* los primeros son por una parte, la cualidad del autor (competencia), por otra parte, el procedimiento al que está sometido (formas). Los elementos materiales son el *fin* del acto, su objeto y sus motivos. El fin es el objetivo que el autor se propone alcanzar al dictar el acto, el objeto es la materia de la decisión (por ejemplo: el objeto de una autorización es el permiso solicitado), los motivos son las razones de hecho o de derecho en las que la administración se inspira para adoptar su decisión.

Los cuatro casos de anulación tradicionales sancionan respectivamente las ilegalidades que afectan la cualidad del autor (incompetencia), el procedimiento de elaboración (vicio de forma), el fin (desviación de poder), y (violación de la ley), el objeto y los motivos.

105. — Los grados de invalidez. La decisión viciada de ilegalidad en uno de sus elementos es nula. Cuando el juez ha constatado la ilegalidad, el acto anulado es reputado como no habiendo existido jamás; sobre las consecuencias prácticas de este principio, *cf. infra*, Nº 268. Al lado de esta forma normal de invalidez, que corresponde a la *nulidad absoluta* del derecho civil, el derecho administrativo conoce también, excepcionalmente, una forma de invalidez menos grave, *la nulidad relativa* y una forma agravada, la *inexistencia.*

La primera se limita a los actos viciados por omisión de una formalidad establecida, no en el interés de los administrados, sino en el interés de una administración en particular: sólo ésta puede beneficiarse de la nulidad que resulte.

La *inexistencia*[29] es más grave que la nulidad absoluta: El Consejo de Estado declara el acto que es alcanzado por ella, como "nulo y de nulo efecto" o "nulo y no dictado" (31 de mayo de 1957, *Rosan Girard, Gr. Ar.*, p. 478). Aplica estas fórmulas a las decisiones, sean materialmente inexistentes (por ejemplo: falta de firma de una autoridad), sea no susceptible de vincularlas a ningún poder de la administración. De ello se desprenden consecuencias rigurosas: principalmente, el acto inexistente puede ser retirado en todo momento por la administración, mientras que el acto simplemente nulo no puede serlo después de pasado el lapso del recurso (*supra*, Nº 103); y la inexistencia puede ser constatada tanto por el juez judicial como por el juez administrativo.

---

29 Auby: *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, tesis, París 1947; P. Weil: "Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif", *D.*, 1958, Chr., p. 49; Wodie: "L'inexistence des actes unilatéraux", *A.J.*, 1969, p. 76.

CAPITULO II

Los contratos administrativos

106. — Contratos de la administración y contratos administrativos. La administración, paralelamente con el procedimiento del acto unilateral, utiliza ampliamente el procedimiento contractual, por medio del cual una situación jurídica nueva es creada por el acuerdo de voluntades de los interesados. Pero ella lo utiliza bajo dos formas bien distintas.

1º Por una parte, ella celebra contratos *idénticos a los de los particulares,* tal como están definidos y reglamentados por el Código Civil: compras (por ejemplo: adquisición de un terreno amigablemente), ventas (por ejemplo: venta de productos del dominio privado), arrendamiento (por ejemplo: alquiler amigable de un local para sede de una administración), contratación de servicios (para ciertos colaboradores de la administración que tienen la cualidad de asalariados de derecho privado), seguro (si el Estado es, en principio, su propio asegurador, todas las personas descentralizadas se aseguran como los particulares), etc. Este recurso de la administración al contrato privado es muy frecuente; es la regla para todos los servicios industriales y comerciales; es característico del procedimiento de la *gestión privada de los servicios públicos.* En estos casos, fuera de algunas reglas de competencia y de procedimiento que rigen la emisión del consentimiento de la persona pública, es el *derecho privado* el que se aplica al contrato, que conlleva para lo contencioso, la competencia *judicial.*

2º Pero la administración puede celebrar también actos, que si bien son de naturaleza contractual, ya que se basan en el acuerdo de dos voluntades, están sin embargo sometidos a reglas diferentes de aquellas que rigen los contratos ordinarios y compe-

ten, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Estos forman, en la masa de los contratos de la administración, la categoría particular de los *contratos administrativos.*

De estos contratos, los más antiguos y los más importantes, están previstos y reglamentados, al menos en parte, por los textos legales. Las reglas así establecidas han sido completadas por la jurisprudencia, la cual ha desprendido para ello, un cuerpo de principios comunes, que constituyen la *teoría general de los contratos administrativos,* y que encuentran aplicación, incluso, fuera de los contratos especiales reglamentados por los textos.

Dada la importancia económica de las operaciones realizadas por el procedimiento del contrato administrativo, su régimen presenta una importancia práctica considerable. Desde el punto de vista jurídico, este régimen, comparado con el de los contratos privados, pone en pleno relieve la autonomía y la originalidad del derecho administrativo.[30]

107. — Los principales contratos administrativos. 1º La mayoría de los contratos administrativos corresponden a una categoría claramente definida; ellos son básicamente:

Los contratos de obras públicas, por los que la administración confía a un empresario privado la construcción o el mantenimiento de un inmueble de interés público.

Los contratos de suministros, que tienen por objeto la adquisición, por la administración, de bienes muebles de todo tipo.

Los contratos de transporte, cuyo nombre mismo define el objeto (por ejemplo: contrato celebrado con una compañía de navegación para el transporte marítimo de personas o de bienes de carácter público).

La concesión de servicio (*infra,* Nº 473 y ss.), por la cual la administración confía a un particular la misión de hacer funcionar un servicio público, obteniendo su remuneración cobrando a

[30] Sobre los contratos administrativos, el texto base es: A. de Laubadère: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs,* 3 vol., 1956; *Cf.* también: Jèze: *Les contrats administratifs,* 3 vol., 1927-1934; Péquignot: *Théorie général du contrat administratif* tesis, Montpellier, 1945; *Les contrats de l'administration (jurisclasseur administratif)*; A. de Laubadère: "Les dificultés actuelles de l'identification du contrat administratif", *Estudios de Derecho Administrativo,* T. I, p. 69, Montevideo, 1979.

los usuarios del servicio; si el particular es encargado además, de construir las obras necesarias para el servicio cuyo funcionamiento asegurará (por ejemplo: una red de tranvías), hay entonces *concesión de obra pública.*

El empréstito público, por el que un particular presta una suma de dinero al Estado o a otra persona pública.

La oferta de concurso, que es el compromiso, adoptado por un particular, de cooperar financieramente o materialmente a la realización de una obra pública.

2º A estos contratos clásicos, otros se han añadido recientemente, nacidos de la evolución científica y técnica. Así, por ejemplo, los *contratos de investigación,* en los cuales una persona pública confía una investigación científica a un organismo especializado o a un investigador (*cf.* Favoreu, *A.J.*, 1965, p. 443). *Los contratos de estudio* preparan la realización de un proyecto, *los contratos industriales,* la realización de un prototipo o una operación de alta técnica.

3º Fuera de estos contratos, que corresponden a un tipo determinado, como *los contratos especiales* del derecho civil, la administración utiliza el procedimiento contractual con fines y según las combinaciones más diversas: son *los contratos innominados* del derecho administrativo.

4º La administración contractual. El procedimiento contractual ha encontrado recientemente nuevas y múltiples aplicaciones. La administración lo utiliza para orientar la acción de los particulares en un sentido conforme al interés general: ella les otorga, en contrapartida a los compromisos que ellos asumen, ventajas de diversos tipos. Esto sucede en las relaciones del Estado con los establecimientos de educación privada (leyes del 31 de diciembre de 1959 y del 1º de junio de 1971). Más importantes aún, y muy diversos, son los contratos celebrados en el campo económico, sea con organizaciones profesionales para una rama de la economía, sea con empresas privadas y que antes del retorno a la liberación de precios decidida en 1978, tendían sobre todo a aligerar las reglas de fijación de precios que eran establecidas por decisión unilateral (O. del 30 de junio de 1945), o sobre todo, a orientar su actividad en el sentido de la ejecución del plan o

de la ordenación del territorio. El mismo procedimiento es utilizado en las relaciones del Estado con las empresas públicas (contratos de programa), con grupos de colectividades locales ("contratos de plan" para la modernización de las comunidades urbanas, decreto del 23 de diciembre de 1970), o incluso, con una comuna en particular (contratos para el desarrollo de "ciudades medias", o más recientemente de "regiones"). Se ve diseñarse, por estos diversos procedimientos, una forma de acción administrativa en la que el acuerdo contractual ocupa un lugar creciente.[31] Pero los caracteres y el régimen de estos diversos contratos son todavía inciertos e inestables. La naturaleza propiamente contractual de algunos de ellos está incluso cuestionada (C. E.. 2 de octubre de 1974, *Valet,* que afirma el carácter reglamentario y no contractual de una fijación de precios efectuada en acuerdo con la profesión, *A.J.D.A.*, 1975, p. 364, nota de Vier). La mayoría se separan, en todo caso, de los principios que rigen los contratos administrativos clásicos. A estos principios se dedicarán los parágrafos que siguen.

SECCIÓN I. **Caracteres generales de los contratos administrativos**

Dos problemas se plantean, lógicamente distintos, pero entrecruzados en la práctica: ¿Por cuáles signos se reconoce que un contrato es administrativo? Siendo un contrato administrativo, ¿por cuáles características fundamentales se distingue su régimen del contrato privado?

§ 1. Criterios del contrato administrativo

108. — Situación de la cuestión. No existe un criterio formal que permita reconocer a primera vista el contrato administrativo. En presencia de un contrato celebrado por la administración —por ejemplo, una compra de adoquines destinados a la reparación de una vía pública— se puede dudar a primera vista, sobre el carácter civil o administrativo del contrato: ¿compra regida por el Código Civil o un contrato de suministro? Según que se opte por

[31] *Cf.* J. Chevallier: "Les formes actuelles de l'économie concertée", *Annales Fac. Droit d'Amiens,* 1971-72; C. Piquemal-Pastré: "Une experience d'acte économique: le contrat de programme", *R.D.P.,* 1974, p. 317; C. Buron: "Les contrats d'aménagement conclus entre l'État et les villes moyennes", *A.J.*, 1976, p. 510.

uno u otro sentido, el régimen del contrato, es decir, los derechos y obligaciones de las partes, y la competencia para conocer de ellos, serán civiles o administrativos. En algunos casos, los textos deciden la cuestión expresamente; atribuyen a la competencia administrativa —que conlleva la aplicación de reglas propias a los contratos administrativos— a una cierta categoría de contratos. Son los *contratos administrativos por determinación de la ley*: contratos de obras públicas (ley del 28 pluvioso año VIII), venta de inmuebles del Estado (*id.*); contrato que comporta una ocupación del dominio público (decreto-ley del 17 de junio de 1938),[32] convenciones celebradas entre ciertos organismos de seguridad social y los sindicatos de médicos (ley del 20 de julio de 1975, artículo 4 y 7).

Pero fuera de los contratos administrativos por determinación de la ley, es la jurisprudencia la que ha debido resolver el problema, y definir los criterios de los *contratos administrativos por naturaleza*. Las soluciones que ella ha desprendido se vinculan con tres elementos:

1º Las partes del contrato: un contrato no es administrativo sino cuando una de las partes es una persona moral de derecho público.

2º El objeto del contrato: es administrativo todo contrato cuyo objeto sea el confiar a un particular la *ejecución misma de un servicio público.*

3º Las cláusulas del contrato: cuando un contrato no tiene por objeto confiar la ejecución del servicio a un particular, no es administrativo sino cuando contiene *una cláusula exhorbitante del derecho común.*

Hay que comprender bien que estos dos últimos elementos son *alternativos*: un contrato celebrado por una persona pública es administrativo cuando responde sea a la primera o a la segunda de las condiciones indicadas.

La aplicación de estos criterios no han sido nunca fácil. Pero en estos últimos años, la jurisprudencia ha aportado excepciones y matices que conducen a algunos autores a poner en duda estos

---

[32] Charlier: "Les contrats comportant occupation du domaine public", *J.C.P.*, 1943, I, Nº 372; Auby: *D.*, 1953, Chr., p. 99.

mismos criterios.[33] Sin embargo, ellos continúan siendo la base del derecho positivo, y es a partir de ellos que se puede comprender su evolución.

109. — 1º **Las partes del contrato.** Si un contrato es celebrado entre dos particulares, es seguro —fuera de raras excepciones— que no se trata de un contrato administrativo. El Consejo de Estado ha reafirmado el principio, a propósito de las convenciones celebradas entre los sindicatos médicos y las cajas de seguridad social (13 de diciembre de 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Mord, A.J.*, 1964, II, Nº 8).[34] El Tribunal de Conflictos ha adoptado la misma solución, mientras que el comisario del gobierno le había pedido de abandonarla y de reconocer el carácter administrativo de los contratos realizados entre dos personas privadas, de las que una actuaba en vista de la ejecución de un servicio público confiado a ella (3 de marzo de 1969, *Société Interlait,* conclusiones de Kahn, *A. J.*, 1969, p. 307). La excepción más importante que había dejado pensar por un momento que el criterio estaba en vía de abandono, concierne a los contratos celebrados con empresarios por sociedades privadas encargadas de la construcción de ciertas obras públicas, los cuales son considerados definitivamente como contratos de obras públicas (T.C., 8 de julio de 1963, *Enterprise Peyrot, Gr. Ar.*, p. 525, para las autopistas, y C.E., 24 de abril de 1968, p. 478, para el túnel vial del Monte Blanco).[35] Pero la jurisprudencia interpreta esta excepción en un sentido cada vez más restringido (C. E., 21 de julio de 1972, *Enterprise Ossude,* 10 de noviembre de 1972, *Société des grands travaux algériens. A.J.D.A.*. 1973, p. 47, nota de Moderne) limitándola solamente a los trabajos de vialidad. En lo que respecta a trabajos diferentes (urbanismo, ordenación del territorio, etc.), es solamente cuando un empresario contrata con otra empresa privada, como mandatario de una persona pública y por cuenta de ésta, que el contrato toma el carácter administrativo

---

[33] Weil: "Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés", *Mélanges, Stassinopoulos*, 1974, t. II, p. 831; Drago: "Paradoxes sur les contrats administratifs". *Mélanges, J. Flour,* 1979, p. 151.

[34] La 1. precitada (*supra,* Nº 108) del 20 de julio de 1975 parece haber descartado esta solución.

[35] Prévost: "A la recherche du critère du contrat administratif: la qualité des contractants", *R.D.P.*, 1971, p. 817.

(C.E., 30 de mayo de 1975, *Sté d'equipement de la región montpelliéraine,* T. C., 7 de julio de 1975, *Cne. d'Agde A.J.D.A.,* 1975, pp. 345 y 361).[36]

Si una de las partes es una persona pública, la otra puede ser una persona privada u otra persona pública,[37] el contrato puede ser administrativo, a condición que presente además uno de los caracteres analizados enseguida. La condición relativa a las partes es, pues, necesaria, pero no suficiente.

110. — 2º **El objeto del contrato: la ejecución misma del servicio público.** La doctrina, interpretando ciertas fórmulas jurisprudenciales, creyó en un momento, poder afirmar que un contrato es administrativo si tiene por objeto ayudar al funcionamiento de un *servicio público.* La fórmula era inexacta: en efecto, los contratos de los servicios industriales y comerciales, aun cuando teniendo por objeto el funcionamiento de servicios públicos, son normalmente contratos de derecho privado; los servicios administrativos pueden ellos mismos realizar tales contratos: así lo ha juzgado el Consejo de Estado en el caso evocado arriba, de una compra de adoquines efectuada por una ciudad para su servicio de mantenimiento de las vías públicas (C.E., 31 de julio de 1912, *Sté. des granits porphyroides des Vosges, Gr. Ar.,* p. 111, *Rec.,* p. 909, conclusiones de Blum). La relación del contrato con el servicio público no le imprime el carácter administrativo sino cuando el contrato constituye la *ejecución misma* del servicio público *por la administración* (ejemplo: contratos concluidos por el servicio encargado de los bosques con particulares para la reforestación de sus terrenos, C.E., 20 de abril de 1956, *Consorts Grimouard, Gr. Ar.,* p. 440),[38] o cuando tiene por objeto confiar *a un particular la ejecución misma* del servicio. En la sentencia del Consejo de Estado del 20 de abril de 1956, *époux Bertin* (*Gr. Ar.,* p. 440, *D.* 1956, p. 443, nota de Laubadére), se establece el principio, de la ejecución del servicio, pues el contrato encargaba a dos

[36] J. A. Mazères: "Que reste-t-il de la jurisprudence Sté. Entreprise Peyrot?", *Mélanges, Couzinet,* 1975, p. 475.

[37] Douence: "Les conventions entre personnes publiques", *Mélanges, Stassinopoulos,* 1974, p. 113.

[38] Cf. para una aplicación reciente de esta idea, C. E., 26 de junio de 1974, Sté: "La maison des isolants de France", *R.D.P.,* 1974, p. 1.498, nota de Auby, p. 1.486 (contrato por el cual una comuna realizó una operación de descentralización industrial constituyendo la ejecución de una misión de servicio público).

particulares de asegurar la alimentación de los ciudadanos soviéticos agrupados en un centro de repatriación organizado después de la guerra.

Sucede igual en los contratos por los que la administración recluta colaboradores llamados a participar directamente en la ejecución del servicio (C.E., 4 de junio de 1954, *Vingtain et Affortit, Rec.*, p. 432); la jurisprudencia tiende a considerar cada vez en forma más amplia esta última condición, incluso cuando los colaboradores no ocupan sino empleos subalternos (C.E., 20 de marzo de 1959, *Lauthier,* para un conserje de un H.L.M.; *D.* 1969, 281; cf., las otras sentencias relacionadas, y la nota de A. de Laubadére), el aplicar esta última tendencia conduce a veces a soluciones de una complejidad abusiva (*cf.* principalmente T. T., 25 de noviembre de 1963, *Dame Mazerand, J. C. P.*, 1964, II 13, 466).

En estos casos, el contrato se sitúa bajo la competencia administrativa y los principios generales de los contratos administrativos se aplican a las relaciones de las partes sin que haya que interrogarse sobre la existencia, en el contrato, de cláusulas exorbitantes.

111. — 3º **Las cláusulas del contrato: La "cláusula exorbitante".**[39] Fuera de los casos de participación en la ejecución misma del servicio, un contrato, incluso si tiene por objeto un servicio público, no es administrativo sino en caso de que sus partes hayan manifestado su voluntad de sustraerse al derecho civil, adoptando cláusulas que lo deroguen. Es la *cláusula exorbitante,* o derogatoria del derecho común, que en estos casos, constituye pues, el criterio decisivo del contrato administrativo (*Cf.* para una aplicación del principio, C. E., 10 de mayo de 1963, *Sté La Prospérité Fermiére, R.D.P.*, 1963, p. 597).

Pero, ¿cuándo una cláusula es derogatoria? Es difícil responder con certitud, dado que el derecho civil consagra el principio de la libertad contractual, autorizando a las partes a adoptar las cláusulas más variadas. Son ciertamente derogatorias las cláusulas que exceden esta libertad, y por lo tanto, insusceptibles de figurar en un contrato entre particulares, como contrarias al orden público.

[39] Vedel: "Remarques sur la notion de clause exorbitante", *Mélanges, Mestre,* p. 527; Lamarque: "Le déclin du critère de la clause exorbitante", *Mélanges, Waline,* 1974, T. II, p. 497.

A veces son consideradas como tales, aquellas, que en la práctica, no son utilizadas en las relaciones privadas, porque responden a preocupaciones de interés general ajenas a los particulares. Para ejemplos de cláusulas exorbitantes, *cf.* C. E., 23 de mayo de 1924, *Sté les Afréteurs réunis,* S., 1926, III, p. 10, conclusiones de Rivet, y T.C., 16 de febrero de 1967, *Préfet de la Seine, A. J.*, 1967, p. 288. La referencia a un cuaderno de cláusulas y condiciones generales, es considerado desde hace poco, como constituyendo por sí mismo una cláusula exorbitante (C. E., 17 de noviembre de 1967, *Roudier de la Beille, A. J.*, 1968, p. 123). Más recientemente el juez ha extendido la noción: consideró que a falta de una cláusula exorbitante individualizada, el solo hecho de que un contrato esté en su conjunto sometido a un régimen exorbitante del derecho común ya le confería el carácter administrativo (C. E., 19 de marzo de 1973, *Sté d'exploitation de la rivière du Saut, A.J.D.A.*, 1973, p. 382).

Los principios que acabamos de recordar conllevan sin embargo, una excepción: los contratos celebrados por los servicios públicos industriales y comerciales con *sus usuarios,* incluso si contienen cláusulas exorbitantes, son considerados como contratos de derecho privado, y corresponden a la competencia judicial (T.C., 17 de diciembre de 1962, *Dame Bertrand, A. J.*, 1963, p. 105); la solución no se explica sino por razones prácticas.

§ 2. El régimen del contrato administrativo

112. — Características generales. El régimen de los contratos administrativos, tal como se deriva, sea de las cláusulas exorbitantes, sea de las reglas establecidas por los textos o la jurisprudencia, toma prestadas algunas características del derecho privado, por ejemplo, en lo que concierne a las condiciones de validez del contrato.[40] Pero dicho régimen se orienta, a su vez, en dos direcciones esenciales.

1º El contrato privado resulta del encuentro de dos voluntades jurídicamente *iguales;* y esta igualdad se encuentra en la formación y en la ejecución del contrato.

---

[40] *Cf.* para la aplicación en el contrato administrativo de la noción civilista del dolo, C.E., 23 de junio de 1978", Consorts Michel, *A.J.*, 1979, Nº 1, p. 42.

En el contrato administrativo, por el contrario, la persona pública pone en marcha un cierto número de *prerrogativas* vinculadas a la primacía del *interés general* del cual tiene la guarda, y que la sitúan, en relación a su cocontratante, en posición de *superioridad*. La potestad pública, que se afirma en la decisión ejecutoria, reaparece en el seno del procedimiento contractual; hay por supuesto, un acuerdo de voluntades, pero sobre una base de desigualdad jurídica.

2º El contrato privado pone en contacto dos voluntades *autónomas*, libres, en el marco de la ley, de escoger los objetivos y las modalidades de su acuerdo. Ahora bien, la voluntad de la administración jamás es enteramente libre; el interés general impone, a su acción, límites a los que la voluntad privada no está sometida; numerosas reglas propias al contrato administrativo tienen por objetivo establecer estas limitaciones a la libertad contractual de la administración.

El régimen de los contratos administrativos deroga, pues, el derecho común de los contratos, a la vez, por las *prerrogativas* que consagra en beneficio de la administración y por las *sujeciones* que le impone; y tanto las unas como las otras encuentran su principio en el interés general.

113. — **El contencioso de los contratos administrativos.** Este corresponde a la competencia del juez administrativo —normalmente de los tribunales administrativos— en lo que concierne tanto a la validez y la interpretación del contrato como a su ejecución; constituye una de las piezas esenciales del contencioso de *plena jurisdicción*. El recurso por exceso de poder no tiene aplicación en la materia, bajo reserva de la aplicación de la teoría llamada del acto separable (*infra*, Nº 243). La competencia del juez se impone a las partes: la administración no puede insertar en sus contratos una cláusula de compromiso confiando a un *árbitro* la decisión de los litigios, en razón de la prohibición general de comprometer, es decir, recurrir al arbitraje, que afecta a las personas públicas (C.E., 13 de diciembre de 1957, *Societé nationales de vente des surplus*, *Rec.*, p. 678), con excepción (ley del 9 de julio de 1975, artículo 7) de ciertas categorías de establecimientos públicos industriales y comerciales cuya lista es fijada por decreto.

SECCIÓN II. La formación del contrato administrativo

La libertad y la igualdad de los contratantes se encuentran una y otra ampliamente cuestionadas.

§ 1. Las limitaciones a la libertad contractual

Para la administración, la operación contractual consiste en ejercer una *competencia* y esta competencia no es enteramente discrecional. Esto se verifica tanto en la capacidad de contratar como en la selección del contratante.

114. — A. La capacidad de contratar. 1º Está ligada a la *personalidad moral;* son las personas morales públicas, y sólo éllas, las que pueden contratar; en el caso de contratos realizados por los diversos servicios del Estado, es el Estado y no el servicio, el que se compromete.

2º Para cada persona pública, los textos determinan las autoridades competentes para comprometerla; el rol de cada una de estas autoridades en el procedimiento contractual, las reglas de formas según las cuales el consentimiento debe manifestarse; y los controles ejercidos sobre la autoridad contratante desde el punto de vista técnico y financiero (sobre estos controles, *cf.* en lo que concierne al Estado, el decreto del 16 de agosto de 1957, modificado por el decreto del 7 de enero de 1959).

3º La autoridad competente no siempre es libre de escoger entre el contrato privado y el contrato administrativo: los textos le imponen a menudo el recurrir al contrato administrativo para ciertas categorías de operaciones (por ejemplo, en materia de obras públicas).

115. — B. La selección del contratante. Esta no es libre sino en los contratos donde el *intuitu personae* juega un rol esencial, como en la concesión de servicio público. Pero, para los diversos contratos (de obras, suministros, transportes), los textos organizan un cierto número de modos de celebración, que establecen a la libertad de selección, limitaciones que si bien inicialmente fueron muy estrictas, tendieron con el tiempo a ser más flexibles, salvo en los casos relativos a empresas que incurrieron en con-

denas penales o fiscales, siendo excluidas de los contratos públicos (*cf.* 23 de noviembre de 1979). Estos textos han sido codificados tanto en lo que concierne a los contratos del Estado y de sus establecimientos públicos administrativos, como en la que se refiere a las colectividades locales, por el decreto del 17 de julio de 1964 (Código de los contratos públicos), modificado por los decretos del 23 de noviembre de 1966, 12 de junio de 1969 y 18 de enero de 1971, 31 de marzo de 1978, 23 y 27 de noviembre de 1979.

116. — 1º **Los diversos modos de celebración de los contratos.** a) *La adjudicación pública*[41] busca la concurrencia entre las empresas privadas, y el objeto del control está definido (trabajo a efectuar, suministros a entregar). Cada una de las empresas que desea celebrar el contrato "ofrece", es decir, hace conocer su propuesta, en sobre cerrado. El día de la adjudicación, un organismo oficial, la oficina de adjudicaciones, toma conocimiento de las ofertas, en sesión pública. La administración, por otra parte, ha fijado ella misma un precio máximo que mantiene en secreto y que ella pretende no sobrepasar; si todas las ofertas sobrepasan este precio, ningún concurrente es proclamado adjudicatario; pero en caso contrario, es obligatoriamente proclamado "adjudicatario" aquel que ha propuesto el precio más bajo. La administración puede no aprobar la adjudicación con lo cual ella renuncia entonces a contratar; pero si persiste no puede contratar sino con el adjudicatario seleccionado. La selección del cocontratante resulta, pues, automáticamente de la adjudicación, y la competencia de la administración está reglada.

La adjudicación es *abierta* cuando todos los miembros de la profesión interesada por el objeto del contrato, y que presentan las condiciones generales requeridas (nacionalidad, capacidad jurídica, honorabilidad) tienen el derecho de ofrecer, aparte de aquellos que estuviesen afectados por una decisión general de exclusión, fundada sobre faltas anteriores.

La adjudicación es *restringida* cuando la administración no llama a ofrecer sino a un cierto número de empresas nominalmente designadas.

[41] Quancard: *L'adjudication des marchés publics*, tesis, Paris, 1945.

b) *El llamado a ofertas.* Este procedimiento, como la adjudicación, hace un llamado a la concurrencia, sea abierta, sea restringida. Pero la adjudicación del contrato no se hace automáticamente a la oferta más baja; la administración escoge libremente la que juzga más interesante, teniendo en cuenta no solamente el precio, sino además todos los datos técnicos y económicos. A veces instaura un concurso para ilustrar su escogencia (contratos o licitaciones por *sobre el concurso*).

c) *Los contratos de común acuerdo* (*marchés de gré a gré*), o *por entendimiento directo* han adquirido dentro del código de los contratos jurídicos, el calificativo de *contratos negociados.* Aquí la administración encuentra su plena libertad: "ella desarrolla libremente las discusiones que le parecen útiles, y atribuye libremente el contrato"; ella debe sin embargo provocar, en la medida de lo posible, la concurrencia.

117. — 2º **Reglas para la aplicación de estos procedimientos.** Durante largo tiempo, la adjudicación pública abierta ha sido la regla para la celebración de contratos, de acuerdo con las concepciones del liberalismo económico vinculado a las virtudes de la concurrencia, y con una concepción estrictamente contable del interés público.

Se ha apreciado, por una parte, que la concurrencia era a veces falseada por el acuerdo entre los profesionales: por otra parte, que la oferta más baja no era siempre en lo absoluto, la más ventajosa. De allí la caída progresiva de la adjudicación.

Para los contratos del Estado, el decreto del 13 de marzo de 1956 otorga a los ministros la escogencia en cada caso específico, entre la adjudicación y el llamado a ofertas (artículo 14). En la práctica es este segundo procedimiento el que se utiliza generalmente. En cuanto a los contratos negociados de común acuerdo, los casos en los cuales se pueden recurrir a ellos son cada vez más numerosos: pero la enumeración que da el artículo 35 del decreto permanece limitativa. Sin embargo, su utilización es cada vez más frecuente y el procedimiento de la adjudicación no tiene sino una importancia limitada.[42] El principio de la concurrencia, en la medida en que subsiste, ha sido extendido (ley del 14 de

[42] Godfrin: "Quelques aspects récents de la politique des marchés publics", *A.J.D.A.*, 1970, p. 209.

marzo de 1973, decreto del 12 de enero de 1979) a todas las empresas de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. En lo que concierne a los contratos de las colectividades locales, el retroceso de la adjudicación ha sido más lento. Pero el decreto del 18 de enero de 1971 le plantea la misma posibilidad de selección que al Estado entre la adjudicación y el llamado a ofertas.

§ 2. Los atentados a la igualdad de los contratantes

118. — **La elaboración de las cláusulas del contrato.** En el esquema clásico del contrato privado, las partes elaboran en común las condiciones de su acuerdo, en el curso de una discusión libre. En la práctica, esta discusión desaparece frecuentemente: una de las partes fija las condiciones del contrato y la otra no puede sino aceptarlas o rechazarlas en bloque; hay entonces un *contrato de adhesión.*

En los contratos administrativos, esta fijación unilateral de las cláusulas del acto contrato es la regla: es la administración la que determina el conjunto de reglas contractuales. El particular no puede manifestar su iniciativa sino en la elaboración del precio cuando el contrato comporta alguno; para el resto no produce ninguna discusión entre la administración y él; su libertad no se refiere sino a la aceptación o el rechazo en bloque de las condiciones propuestas.

El documento que define las condiciones es el *cuaderno de cargas,* anexado al acto contractual propiamente dicho, el cual comprende en lo esencial, dos series de documentos:

1º *Los documentos generales* válidos para todos los contratos de una misma categoría son: *El cuaderno de cláusulas administrativas generales* (llamado antes del decreto del 13 de marzo de 1956, cuadernos de cláusulas y condiciones generales), que fija las disposiciones aplicables a todos los contratos de la misma naturaleza realizados por un servicio; el ejemplo-tipo es el cuaderno de cláusulas administrativas generales de los contratos de obras públicas del Estado[43] (texto actual: D. 21 de enero de 1976). Estos documentos son permanentes, a veces publicados por resolu-

[43] Montmerle: *Commentaire pratique des C.C.G. imposées aux entrepreneurs de travaux des ponts et chaussées,* 2 vol., 1951.

ción ministerial o por decreto. Sin embargo, es necesario comprender que ellos no tienen por carácter reglamentario: su fuerza obligatoria con respecto a cada contratante de la administración, viene únicamente de su incorporación al contrato. La prueba de ello está en el hecho de que las modificaciones aportadas a un cuaderno de cláusulas generales no se aplican a contratos anteriores a esas modificaciones, los cuales permanecen regidos por las disposiciones en vigor en el momento de su celebración. *El cuaderno de cláusulas técnicas generales* (antiguo cuaderno de prescripciones comunes) que fija las disposiciones técnicas aplicables a todos los contratos de una administración, está referido a los trabajos o a obras de la misma naturaleza.

2º Los documentos particulares fijan para cada contrato las cláusulas administrativas y las cláusulas técnicas que le son propias.

En la *concesión,* el cuaderno de cargas particular se refiere a veces a un cuaderno de cargas tipo, elaborado para todas las concesiones de una misma naturaleza; sobre el carácter parcialmente reglamentario del cuaderno de carga de la concesión, *cf. infra,* Nº 477.

SECCIÓN III. La ejecución de los contratos administrativos

119. — **Visión de conjunto.** Dos características dominan la materia.

La administración dispone, respecto de su cocontratante, de *prerrogativas* sin equivalente en los contratos privados. 1º Ellas se derivan, sea de las cláusulas del contrato, o sea de las reglas generales aplicables a todo contrato administrativo como tal, e inherentes a su naturaleza. Ellas se manifiestan tanto en la ocasión de la ejecución normal como en las sanciones de la inejecución o de la mala ejecución.

2º Esta desigualdad fundamental tiene un límite *financiero*: el cocontratante, en este terreno se beneficia de garantías que el derecho privado ignora, y que tienden a asegurarle, una remuneración conforme a las previsiones iniciales, sea cual sea el uso hecho por la administración de sus prerrogativas, y en todo estado de la causa.

§ 1. Las prerrogativas de la administración.

120. — A. **La ejecución normal.** Como todo contratante, la administración obtiene del contrato el derecho de exigir de la otra parte la ejecución de sus obligaciones tal como éstas han sido previstas en el contrato. La obligación de ejecutar es personal: los subcontratos por los cuales el cocontratante de la administración confía a otras empresas privadas ciertas partes de la ejecución del contrato, deben ser autorizados (D. 14 de marzo de 1973; Ley del 31 de diciembre de 1975); celebrados entre personas privadas, son de hecho, contratos de derecho privado. Sólo *la fuerza mayor* permite al cocontratante de separarse; si ella hace desaparecer el objeto mismo del contrato, éste es rescindido de pleno derecho; en los otros casos, el cocontratante puede prevalerse para pedir al juez la rescisión. Pero además:

1º El contrato, por regla general, reserva a la administración el derecho, sea de *dirigir*, sea de *controlar* las operaciones de ejecución. En materia de obras públicas, por ejemplo, los ingenieros de la administración de obras públicas, acceden libremente a las obras, y dirigen al empresario órdenes de servicio. Igualmente, la ejecución de contratos de suministro es controlada.

2º La administración puede *modificar unilateralmente las obligaciones de su cocontratante*, en más o en menos. Este poder de modificación unilateral es tan contrario al principio fundamental en el derecho privado, de la inmutabilidad de los contratos, que una parte de la doctrina cuestiona su existencia esforzándose para reintegrar al marco de los principios contractuales del Código Civil las soluciones administrativas que se separan de ellos.[44] Sin embargo, la regla ha sido vigorosamente reafirmada por la jurisprudencia; ésta no hace por otra parte, sino traducir la primacía del interés general, cuyas exigencias, que pueden cambiar con el tiempo, no podrían hacerse fracasar por reglas contractuales inmutables. La administración puede pues, aumentar, modificar, o reducir, las obligaciones del cocontratante. La regla ha sido esta-

---

[44] L'Huillier: "Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration?", *D.*, 1953, Chr., p. 87; Benoit: *J.P.C.*, 1963, I, 1.775. En sentido contrario: De Laubadère: "Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions du contrat administratif", *R.D.P.*, 1954, p. 36.

blecida para las concesiones de servicio público: los concesionarios del alumbrado a gas han sido obligados, después del descubrimiento de la electricidad, a adaptarse a la nueva técnica (C.E., *Gaz de Déville-lés-Rouen,* 10 de enero de 1902, *Gr. Ar.*, p. 33); una ciudad en expansión puede imponer al concesionario de su red de tranvías, la creación de líneas que no están previstas en el contrato (C.E., 21 de marzo de 1910, *Cie générale française de tramway, Gr. Ar.,* p. 97, *Rec.,* p. 216, conclusiones de Blum). Pero ésta tiene un alcance general.

Tiene sin embargo *límites* muy estrictos, que las controversias doctrinales señaladas anteriormente, han permitido precisar: fundamentadas en la necesidad de adaptar el servicio a una situación nueva, y se justifica sólo por ese motivo. Además, más allá de un cierto volumen de modificaciones, el cocontratante puede pedir al juez de pronunciar la rescisión del contrato. Además, la modificación unilateral no puede jamás consistir en una reducción de las ventajas financieras acordadas al cocontratante. En fin, ella le otorga el derecho de obtener una contrapartida financiera a sus nuevas obligaciones.

121. — B. **Las sanciones en caso de falta en la ejecución.** Sobre este punto, las prerrogativas de la administración se orientan en dos direcciones:

1º Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave.

2º En caso de falta por parte del particular, tal como negligencia, imperfecciones, fraudes, retardos, la administración dispone de una extensa gama de sanciones, que presenta, respecto al derecho privado, características originales:

a) Estas sanciones están orientadas, no sólo hacia la reparación del daño, sino también hacia la *ejecución efectiva,* conforme a las exigencias del interés público.

b) Existen de *pleno derecho,* fuera incluso de las previsiones del contrato; la administración es dueña siempre, incluso en silencio del contrato, de pronunciarse sobre la sanción adaptada a la falta constatada (C.E., 31 de mayo de 1907, *Deplanque, Rec.,* p. 513, conclusiones de Romieu).

c) Sobre todo, ellas son decididas *unilateralmente* luego del requerimiento, por la administración que la falta sea constatada por el juez. Hay allí, en el seno de la operación contractual, una reparación del procedimiento de la decisión ejecutoria y del privilegio de la presunción previa de legalidad, característica de la potestad pública. El ejercicio de estas prerrogativas constituye una verdadera obligación para la administración. El juez le niega el derecho de renunciar a éstas, y de recurrir a él para hacer condenar al cocontratante faltante (C.E., 21 de julio de 1970, *Min. de l'equipement, A.J.D.A.,* 1970, p. 631). La regla no admite sino una excepción: la exclusión del concesionario de servicio público no puede ser pronunciada sino por el juez, dada su gravedad.

d) El cocontratante puede sin embargo recurrir al juez, quien, en caso de que la sanción sea injustificada, acuerda una indemnización compensatoria.

3º *Las principales sanciones.* Estas son de tres tipos:

a) Sanciones pecuniarias,[46] sean estipuladas en el propio contrato, y funcionan automáticamente cuando se produce la falta prevista (penalidades contractuales, normalmente de una cantidad determinada por día de retardo), sean calculadas inmediatamente después, en función del daño sufrido (compensación por daños y perjuicios).

b) Sanciones destinadas a asegurar la ejecución a pesar de la falta del cocontratante, la administración lo sustituye, al menos provisionalmente, y toma ella misma en sus manos la ejecución, pero haciendo recaer en el cocontratante los gastos de su intervención: *gestión por el Estado* (*mise en régie*) (obras públicas), *ejecución en defecto* (suministro o muebles), *secuestro* (concesión).

---

[46] Bosc: "Le régime des pénalités dans les marchés de fournitures", *R.D.P.,* 1921, p. 215.

c) Sanciones que ponen fin al contrato, sin ninguna indemnización: *rescisión por error* (contratos), *caducidad o prescripción* (concesión)

§ 2. El principio del equilibrio financiero del contrato

122. — A. **Los derechos del cocontratante.** En aplicación del derecho contractual común, el cocontratante de la administración tiene derecho a las ventajas que el contrato le confiere. Estas son de dos tipos:

1º Es frecuente, por una parte, que la administración ponga a disposición de su cocontratante, para facilitar la ejecución de sus obligaciones, ciertas prerrogativas de potestad pública: el concesionario de servicio público está autorizado a percibir de los usuarios las tarifas que constituyen la contrapartida del servicio prestado; puede beneficiarse de un monopolio de derecho; el empresario de obras públicas puede ocupar temporalmente los terrenos privados necesarios a la construcción de la obra. Estas cláusulas ponen de relieve el elemento de asociación entre los cocontratantes, que matiza el contrato administrativo y que explican las exigencias del interés general.

2º El contrato, por otra parte, fija las bases de la remuneración que constituye la contrapartida de las obligaciones del cocontratante. Esta puede ser fijada de manera permanente (precios fijos), modificable en función de una referencia determinada (precios ajustables), o afectada, para los contratos de larga duración con cláusulas de variación de precios revisables (D. 23 de noviembre de 1979). El precio no es exigible, en principio, sino una vez que las obligaciones del cocontratante han sido enteramente cumplidas (*pago después de servicio hecho*). La regla presenta el inconveniente de obligar a los cocontratantes a hacer todos los avances; en vista de lo cual se han producido al respecto numerosos arreglos (decreto del 11 de mayo de 1953 sobre el reglamento de contratos; decreto del 7 de enero de 1959, creando para el cocontratante un derecho a los anticipos; decreto del 12 de junio de 1969 y del 27 de noviembre de 1979).

Las disposiciones relativas a la remuneración escapan al poder de modificación unilateral de la administración. Pero además, el elemento de asociación ya señalado se manifiesta en este aspecto, con una fuerza particular: es el principio *del equilibrio financiero del contrato* que es una de las características esenciales del contrato administrativo, y la contrapartida de las prerrogativas de la administración.

123. — B. **El principio del equilibrio financiero del contrato.** La idea de que la remuneración del cocontratante en lugar de ser fijada *no varieteur* por el contrato, debe ajustarse a las cargas que la incumben realmente, de tal manera, que el álea inherente a toda empresa que se encuentra seriamente limitada, está en la base de la *teoría de las sujeciones imprevistas*: el cocontratante si encuentra dificultades materiales de ejecución, exteriores a la voluntad de las partes e imprevisibles, debe ser indemnizado íntegramente. Pero sobre todo el principio depende de dos teorías jurisprudenciales: la del *hecho del príncipe* y de la *imprevisión.*

124. — 1º **La teoría del hecho del príncipe.**[46] El álea examinado aquí, llamado *álea administrativo,* es aquel que resulta del ejercicio, por la autoridad pública, respecto al cocontratante, de sus prerrogativas. Cuando la potestad pública (el príncipe) agrava por su hecho, las condiciones de ejecución del contrato, ella puede ser obligada a indemnizar al cocontratante. La indemnización es entonces integral, es decir, igual al perjuicio sufrido. Pero las soluciones jurisprudenciales son complejas y matizadas, principalmente según que la medida dictada emana de la persona contratante o de otra persona pública, y según que tenga un carácter general o individual. Pueden esquematizarse así:

a) La teoría del hecho del príncipe está presente siempre y cuando la persona pública cocontratante usa su poder de modificación unilateral de las obligaciones del cocontratante (*supra,* Nº 120). A esta hipótesis, que constituye la base de la teoría, se asimila el caso en que la misma persona pública dicta, respecto a su cocontratante, una medida individual, agravando las cargas no sobre la base del contrato, sino por otro título, por ejemplo, en virtud de su poder de policía.

[46] Badaoui: *Le fait du prince dans les contrats administratifs,* tesis, París, 1954.

b) La teoría no interviene *jamás* cuando la medida que agrava las obligaciones del cocontratante emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública; por ejemplo, cuando un decreto acto del Estado, agrava, en materia social, la situación de los cocontratantes de las colectividades locales. En este caso, hay una asimilación del álea administrativo al álea economico, y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión (*infra*, Nº 126).

c) La teoría *puede intervenir* cuando la persona pública contratante dicta una medida *general* que agrava las cargas del cocontratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato).

125. — 2º **La teoría de la imprevisión.**[47] Aquí se toma en consideración *el álea económico.* Puede suceder que en el curso de la ejecución, cuando el contrato se desenvuelve sobre una cierta duración, ciertos cambios económicos, extraños a la voluntad de las partes, vengan a imponer al cocontratante una sobrecarga ruinosa. La ejecución se presenta materialmente imposible: si no, habría fuerza mayor, y el cocontratante quedaría desligado de su obligación; pero esta ejecución se vuelve económicamente desastrosa. En el caso con motivo del cual el Consejo de Estado creó la teoría (C.E., 24 de marzo de 1916, *Cie du gaz de Bordeaux, Gr. Ar.*, p. 132, *Rec.*, p. 130, conclusiones de Chardenet), la guerra de 1914 había provocado una alza del carbón, tal, que los concesionarios del gas no podían continuar su explotación con las tarifas previstas en los contratos sin caer en ruina.

En derecho privado, cuando tales circunstancias aparecen, permanecen sin efecto sobre las obligaciones nacidas del contrato.

El juez administrativo ha descartado esta solución rigurosa: ha estimado que la ruina del cocontratante, término ineluctable de este rigor, era de tal naturaleza que comprometía la necesaria continuación de la satisfacción de las necesidades públicas. La teoría de la imprevisión tiene por objetivo asegurar esta continuidad;

[47] R. Alibert: *L'imprévision dans les concessions de service public*, 1926; Bosc: *R.D.P.*, 1936, p. 441. Sobre la aplicación actual de la teoría, *Cf.* Circular del 26 de noviembre, 1974, *D.*, 1974, L.P. 362.

ella reparte el álea entre los dos cocontratantes, la persona pública debe pagar al cocontratante una indemnización que le permita continuar la ejecución.

126. — a) **Las condiciones de la imprevisión.** Para que la teoría se aplique, se requieren tres condiciones:

- Los cocontratantes no han podido razonablemente *prever* los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave)..

- Estos hechos deben ser *independientes de su voluntad.*

- Deben provocar un *trastorno* en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del cocontratante, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever. El juez fija los "precios-límites" —es decir, los márgenes de alza razonablemente previsibles— sobre los cuales se abre la situación de imprevisión.

Estas son las únicas condiciones requeridas. En cuanto a la naturaleza misma del evento generador de la imprevisión, la jurisprudencia es muy amplia: puede ser un evento político (guerra) o económico (crisis), un hecho natural (cataclismo). Puede ser igualmente, como se ha señalado, una intervención de la autoridad pública no contratante estatuyendo por vía general (devaluación monetaria, bloqueo de precios);[48] en este caso, la teoría del hecho del príncipe no se aplica, pero si hay trastorno en el contrato, el cocontratante puede prevalerse de la teoría de la imprevisión respecto de la persona pública con la que trató; y ésta última no puede ir contra aquélla de la que emana la medida (C.E., 15 de julio de 1949, *Ville d'Elbauf*. *S.*. 1960, III, p. 61, nota de Mestre).

En lo que concierne por otra parte, la condición relativa al trastorno del contrato, el hecho, para la sociedad concesionaria, de haber distribuido dividendos a sus accionistas no la priva necesariamente del derecho de prevalerse, para los ejercicios correspondientes, de la teoría de la imprevisión.

[48] J. De Soto: "Imprévision et économie dirigée", *J.C.P.*, 1950, I, Nº 817, nota Rivero, *J.C.P.*, 1948, II, Nº 4.320; nota Mestre, *S.* 1950, III, p. 61.

127. — b) **Efectos de la situación de imprevisión.** Cuando las condiciones precedentes se cumplen, el contrato no puede seguir rigiendo una situación que lo sobrepase: se entra en lo que la jurisprudencia llama el *período extracontractual.* Si las partes no se ponen de acuerdo, el juez del contrato fija las reglas que se van a aplicar durante este período.

La expresión *período extracontractual* no debe engañar: lo esencial del contrato —es decir, el vínculo entre las partes— subsiste; el cocontratante permanece obligado de ejecutar; respecto a la administración, la teoría de la imprevisión no hace sino poner en marcha su obligación de asegurar el equilibrio financiero del contrato.

Esta obligación se concreta en la *indemnización de imprevisión,* pagada por la persona pública a su cocontratante. A diferencia de lo que ocurre en la teoría del príncipe, esta indemnización no es nunca igual a la totalidad de pérdidas sufridas, o *carga extracontractual.* El juez, después de haber calculado esta carga a partir de la apertura del período extracontractual, determina la parte que debe sorportar cada uno de los contratantes; en este cálculo, la noción del equilibrio financiero global del contrato conduce a tomar en consideración, principalmente, los beneficios que haya podido obtener anteriormente el cocontratante. La indemnización de imprevisión representa la parte de la carga extracontractual soportada por la persona pública.

128. — c) **Fin de la situación de imprevisión.** La jurisprudencia la ha concebido como esencialmente *temporal.* Si las condiciones económicas que la han provocado se consolidan, de tal manera que el déficit toma un carácter definitivo, las partes pueden, o bien celebrar un nuevo contrato sobre estas bases nuevas, o bien, si es imposible de reconstruir la situación, pedir al juez que pronuncie la rescisión del contrato. (C.E., 9 de diciembre de 1932, *Cie des tramways de Cherbourg, Gr. Ar.,* p. 211).

SECCIÓN IV. El fin del contrato administrativo

El contrato llega a su fin, normalmente, por la ejecución de las obligaciones de las partes (construcción de la obra, entrega de la mercancía), o por expiración del período para el cual había

sido celebrado. Puede además, según el derecho común, terminarse por la voluntad común de los contratantes o por el efecto de la fuerza mayor.

Pero existen además, procedimientos propios a los contratos administrativos.

129. — A. **Rescisión por la administración.** La administración puede pronunciar unilateralmente la rescisión, fuera incluso de los casos en que el contrato le reconoce ese poder, en dos tipos de hipótesis:

1º A título de sanción (*supra*, Nº 121), en caso de falta grave del cocontratante.

2º Sin falta del cocontratante: la administración, cuando el interés general lo exige, puede poner fin a los contratos que ella ha celebrado, sea por decisión particular, o incluso por un acto reglamentario. Esta prerrogativa es la prolongación lógica de su poder de modificación unilateral (*supra*, Nº 120, 2º), y se justifica por la misma necesidad de adaptación de la acción administrativa a circunstancias susceptibles de modificarla. Ella tiene como contrapartida la obligación de indemnizar íntegramente al cocontratante por aplicación de la teoría del hecho del príncipe. *Cf.*, sobre el conjunto del problema. C.E., 2 de mayo de 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, D.*, 1958, p. 731, y la nota de Laubadére. En el caso particular de la concesión, esta rescisión toma la forma de *reversión* (*rachat*).

130. — B. **Rescisión por el juez.** Esta puede suceder:

1º *A petición del particular*, sea en caso de falta grave de la administración, con lo que la rescisión conlleva para ésta la obligación de indemnizar a su cocontratante, sea cuando los cambios que ella pretende imponerle unilateralmente, exceden ciertos límites (*supra*, Nº 120); sea en ciertas hipótesis de fuerza mayor.

2º *A petición de la administración*, sea cuando ésta renuncie voluntariamente a utilizar su poder de rescisión y prefiere dirigirse al juez, sea cuando se trata de una concesión de servicio público, para la cual la terminación no puede ser pronunciada por la administración.

3º *A petición de una u otra de las partes* indiferentemente, cuando el equilibrio económico del contrato aparece como definitivamente trastornado por el hecho de las circunstancias (*cf.*, *supra*, Nº 128).

TITULO IV

LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA

La existencia de una organización jurisdiccional especializada para conocer los litigios administrativos, y separada de la jurisdicción judicial, es una de las características esenciales del sistema francés. *Organización jurisdiccional*: se trata de verdaderos tribunales, que cumplen la función normal de todo juez: decir el derecho en ocasión de los litigios que le son sometidos. Pero la organización jurisdiccional administrativa, desde el punto de vista de su estructura, posee una jerarquía propia sin ningún vínculo con la jerarquía judicial; desde el punto de vista de su competencia no conocen sino del *contencioso administrativo*, es decir, del conjunto de reclamos nacidos de la acción administrativa cuando ésta se ejerce según el derecho administrativo.

Existe pues, en Francia, dos *órdenes de jurisdicciones*, el orden judicial, que tiene a su cabeza la Corte de Casación, y el orden administrativo, bajo la autoridad del Consejo de Estado.

Se estudiará sucesivamente las razones de ser de la jurisdicción administrativa (Cap. I), su competencia (Cap. II y III), su organización (Cap. IV), los diversos tipos de recursos que ella conoce (Cap. V), el procedimiento seguido ante ella (Cap. VI), y finalmente, el recurso por exceso de poder (Cap. VII).[1]

---

1 Para este título en general, los dos libros fundamentales son: R. Odent: *Contentieux administratif*, 6 fasc., 1979-80; Auby y Drago: *Traité de Contentieux administratif*, 2 vol., 1975; *cf.* también: Letourneur, Bauchet, Meric: *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*, 1970; Fanachi: *La justice administrative*, 1980. Se consultará también cuatro estudios recientes sobre el conjunto. Y. Gaudement: *Les méthodes du juge administratif*, 1972; M. Gjidara: *La fonction administrative contentieuse*, 1972; D. Loschak: *Le rôle politique du juge administratif*, 1972; A. Mestre: *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, tesis Toulouse, 1972.

CAPITULO I

LAS RAZONES DE SER DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

La jurisdicción administrativa no es una necesidad; hay países que no la tienen, principalmente los países anglosajones.[2] En Francia ella nació de un conjunto de circunstancias *históricas*; y ha sobrevivido por razones *prácticas.*

SECCIÓN I. **Nacimiento de la jurisdicción administrativa**

131. — A. **Elementos de formación.** La jurisdicción administrativa nació de un *principio, interpretado a la luz de una tradición.*[3]

El principio es el de la *separación de poderes* aplicado a las relaciones del poder judicial y del ejecutivo: para salvaguardar la libertad de los ciudadanos, la "potestad de juzgar" debe estar separada, según Montesquieu, de la "potestad ejecutora". ¿Pero cómo aplicar el principio a la resolución de los litigios en los que "la potestad ejecutora" está comprometida, es decir, al contencioso administrativo? Se trata de *juzgar*: esto puede conducir a confiar esos litigios al poder judicial; se trata de juzgar al *ejecutivo*: esto puede conducir a sustraérselos, en la medida en que al juzgar, el Poder Judicial puede inmiscuirse en la acción del ejecutivo. Se puede, pues, a partir del principio de la separación, optar en forma igualmente lógica por una u otra de las dos soluciones.

---

[2] J. Rivero: *Cours de droit administratif comparé,* 1954-55 y 1955-56; Lawson: "Le droit administratif anglais", *Rev. int, dr, comp.,* 1951, p. 413; Robson: "Le droit administratif anglais", *Libro jubilario,* p. 649. Para los Estados Unidos: Schwartz: *Le droit administratif américain,* 1952.

[3] J. Laferrière: "Des raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée Constituante", *Mélanges, Negulescu,* 1935.

Lo que dicta la opción de los hombres de 1789, es la *tradición*. El antiguo régimen conoció jurisdicciones especializadas en los asuntos administrativos (Corte de Ayudas, Cámaras de Cuentas, jurisdicciones de aguas y bosques). Sobre todo, ese régimen vio el conflicto casi permanente de los parlamentos (cuerpos judiciales) y de la administración real; para vencer las resistencias opuestas por los parlamentos a la acción de sus administrados, el rey evocaba en su Consejo, o daba a juzgar a sus comisarios, principalmente a los intendentes, un gran número de asuntos administrativos.

Los revolucionarios temieron que los cuerpos judiciales retomaran en contra de la nueva administración la tradición de injerencia y de oposición de los parlamentos. Es por ello que extraen, del principio de la separación de poderes, la prohibición al poder judicial de resolver los litigios en los que la administración está comprometida. El régimen del año VIII remata el sistema, tomando de la tradición monárquica, su aspecto positivo: el conocimiento y la decisión de estos litigios por órganos especializados.

132. — B. **El aspecto negativo.** Una serie de textos fundamentales, a lo largo de la revolución van a repetir la prohibición hecha al juez de interferir a la administración; como ejemplo se cita:

Ley de 16-24 de agosto de 1790: "Las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administrados en razón de sus funciones".

Ley del 16 fructidor, año III: "Prohibiciones reiteradas se hacen a los tribunales de conocer de los actos de administración, de cualquier especie que sea, bajo penas de derecho".

Juzgar los litigios, en los que la administración está interesada, escapa, pues, a los tribunales.

133. — C. **El aspecto positivo.** Sin embargo, hace falta un juez para estos litigios, bajo pena de denegación de justicia.

Hasta el año VIII, es en principio, el administrador activo el que los soluciona —el rey, luego de la caída de la monarquía, los ministros, o para otras categorías de litigios, los directorios de departamento—; es el sistema del administrador —juez que no ofre-

ce evidentemente ninguna seguridad a los particulares, ya que es en su propia causa que el administrador es juez.

En el año VIII, los órganos consultivos recientemente creados —Consejo de Estado a nivel del poder central, Consejo de prefectura a nivel del prefecto—, se ven asociados al ejercicio de la jurisdicción administrativa. Así se esboza, en el seno de la administración, una nueva *separación entre la función activa y la función jurisdiccional*, la que hay que distinguir bien de la separación de poderes: ésta interesa a las relaciones del poder ejecutivo y del judicial, mientras que la separación de funciones no concierne sino a la división del trabajo en el seno del ejecutivo, en el que algunos de sus agentes se especializan en el juicio del contencioso. Es de esta separación de funciones que nació la jurisdicción administrativa.[4]

SECCIÓN II. Evolución de la jurisdicción administrativa

134. — A. Desarrollo. Atacada en varias ocasiones en el siglo XIX, principalmente por los liberales que veían en ella una supervivencia del autocratismo napoleónico y un peligro para la seguridad de los individuos frente a la administración; amenazada de desaparecer bajo la restauración, la jurisdicción administrativa no se ha contentado con sobrevivir: ella se ha desarrollado, en el sentido de un crecimiento de las garantías dadas a los particulares, al punto de desarmar las críticas y de aparecer, desde fines del siglo XIX, ya no más como un instrumento al servicio de la arbitrariedad administrativa, sino como un elemento de la protección jurídica de los administrados.

La evolución se orientó en el sentido de una separación aún más fuerte entre los administradores activos y las jurisdicciones administrativas y también de un acercamiento entre éstas y las jurisdicciones ordinarias, en cuanto al procedimiento seguido. Las principales etapas han sido las siguientes:

1º *De la justicia retenida a la justicia delegada.* La justicia "retenida" es aquélla en la que el soberano se reserva el ejercicio, para asumirlo él mismo, en lugar de "delegar" este ejercicio a los

[4] Chevallier: *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, tesis, París, 1968.

tribunales.[5] Según la tradición del antiguo régimen, la justicia administrativa, en el año VIII, es "retenida" por el Jefe de Estado. El Consejo de Estado se limita a darle opiniones sobre la solución a aportar a los litigios administrativos; pero éste no resuelve por sí mismo; sólo los consejos de prefectura ejercen, desde la ley del 28 pluvioso año VIII, la justicia delegada; pero su competencia es muy reducida.

En la práctica, las opiniones del Consejo de Estado fueron siempre seguidas. Teóricamente el soberano podía, sin embargo, no tenerlas en cuenta; de allí el riesgo de la arbitrariedad, al que puso fin a la ley del 24 de mayo de 1872: en virtud de esta ley, el Consejo de Estado ejerce la justicia delegada, es decir, que como todo tribunal, él resuelve por sí mismo, "en nombre del pueblo francés".

2º *Desaparición de la jurisdicción del ministro.* En la concepción inicial, el soberano que se estatuía en Consejo de Estado era un juez de apelación: el demandante debe, en primer lugar, dirigirse al ministro competente, que decide en primera instancia. El ministro es, pues, *el juez de derecho común en materia administrativa*, es decir, el juez al que debe dirigirse cuando un texto no otorga competencia expresa, para una categoría de litigios determinada, a otra jurisdicción.

El Consejo de Estado puso fin a este estado de cosas; en la sentencia *Cadot*, del 13 de diciembre de 1889 (*Gr. Ar.*, p. 28), pues se proclama juez administrativo de derecho común, eliminando así al ministro de la jurisdicción administrativa, así como la ley de 1872 había eliminado al Jefe de Estado.

3º *La ordenación de las jurisdicciones administrativas.* Que se trate de su estatuto o de su procedimiento, ellas se orientan de manera continua por un gran número de medidas de detalle, por una parte; hacia una separación cada vez más fuerte de la administración activa; y por otra parte, hacia una analogía cada vez más neta con los tribunales judiciales. El último estadio de la evolución en este sentido ha sido marcado por las importantes reformas realizadas en 1953 (*infra*, Nº188). Sin embargo, esta última tendencia deja intactas las particularidades del estatuto y de organización, que permite a los jueces administrativos conocer las realidades de la acción administrativa, sin mezclarse directamente;

[5] Sauvel: "La justice retenue de 1806 à 1872", *R.D.P.*, 1970, p. 237.

esta preocupación ha predominado en la reforma del Consejo de Estado efectuada por los decretos del 30 de julio de 1953.

135. — B. **Nuevas razones.** Al término de esta evolución, la jurisdicción administrativa ha dejado de ser flanco de las críticas de los liberales: aunque vinculada al ejecutivo, y mezclada con la administración, ella es suficientemente independiente para juzgar imparcialmente los conflictos surgidos entre la administración y los particulares.

Esto no sería suficiente para explicar su mantenimiento. En efecto, todas las razones que determinaron su creación han desaparecido; es notable que el principio de la separación de poderes puede acomodarse, como se ha dicho a la solución opuesta; el temor de las interferencias del juez judicial en la administración se ha desvanecido con el recuerdo de los parlamentos: los tribunales han tomado el hábito de una extrema reserva respecto de la administración; ésta, en fin, sabe que ella no puede esperar de su juez ninguna benevolencia sistemática.

Por otra parte, la dualidad de jurisdicciones presenta inconvenientes manifiestos.[6] A menudo es muy difícil saber si un asunto debe ser llevado ante los tribunales administrativos o judiciales; de allí los retardos y las dificultades que sufren los demandantes.

Si la jurisdicción administrativa ha sobrevivido, no es solamente por la fuerza de una tradición; es porque las razones que justificaban su creación en razón de que se han sustituido para justificar su mantenimiento, nuevas razones que ella misma ha creado.

Es notorio la parte que a ella le ha correspondido en la elaboración de un derecho administrativo autónomo y original. Los caracteres particulares de este derecho permiten pensar que los tribunales judiciales no estarían preparados a plicarlos y a continuar su desarrollo. Muy informados de las realidades administrativas, los jueces de la administración saben hasta dónde pueden ir en el control que ellos les imponen; y ellos llegan tan lejos en la

---

[6] La doctrina desde hace algunos años, los pone a menudo en relieve: *Cf.* Groshens: *Réflexions sur la dualité de juridictions, A.J.*, 1963. I, p. 536; en sentido inverso, Bénoit, *Juridiction judiciarie et juridiction administrative*, J.P.C., 1964, 1. Nº 1.838, "Les fondements de la justice administrative", *Mélanges, Waline*, 1974, t. II, p. 233. Para sentencias sobre el punto: Gjidara, *La fonction administrative contentieuse*, 1972; D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif*, 1972.

medida, en la seguridad de no ir demasiado lejos. Ciertamente ellos no son garantía, ni contra los excesos de timidez (*cf.*, por ejemplo, *infra*, Nº 229), ni contra las audacias que el poder juzga intempestivas, y ante las cuales él no se inclina (el caso *Canal*, *infra*, Nº 192, es un ejemplo); pero los jueces ordinarios menos informados, podrían ser con más frecuencia, demasiado reservados o demasiado severos.

Es pues, la existencia de un derecho administrativo original lo que constituye hoy en día la única justificación sólida de la jurisdicción administrativa. A su justificación primitiva, esencialmente política —la preocupación de defender la independencia del ejecutivo contra la autoridad judicial—, se ha sustituido una justificación técnica, fundamentada sobre la idea de la división del trabajo entre dos órdenes de jurisdicciones especializados, en la aplicación de dos derechos diferentes. Los administrados, confiados en la independencia y el liberalismo de su juez, y la administración, segura del conocimiento que éste tiene de sus necesidades, encuentran, igualmente, su cuota de seguridad en esta solución, y aceptan de sufrir los posibles inconvenientes, en razón de las ventajas superiores que piensan obtener.

CAPITULO II

La competencia de la jurisdicción administrativa: procedimiento de delimitación

Los conflictos de competencia y su decisión

136. — **Visión general.** La existencia de dos órdenes de jurisdicciones plantea el problema de la exacta delimitación de sus competencias respectivas. A este problema el legislador no ha aportado nunca una respuesta de conjunto, fuera de esa, puramente negativa y muy vaga, que resultaba de los textos revolucionarios que prohibía a los tribunales judiciales el conocimiento de los litigios administrativos. Esta incertidumbre genera necesariamente dificultades. El demandante puede equivocarse sobre el juez al que compete su litigio; y el juez mismo puede cometer un error, declarándose equivocadamente competente o incompetente. Estos errores pueden ser corregidos, gracias a las vías de recursos abiertas en el seno del orden al que compete la jurisdicción que los ha cometido: una Corte de apelación puede censurar la decisión dada sobre la competencia por el tribunal de gran instancia. Pero si cada uno de los dos órdenes de jurisdicción permaneciera dueño de fijar soberanamente la frontera de su competencia, las soluciones adoptadas podrían muy probablemente revelarse como contradictorias, de lo que resultaría un grave desorden en el ejercicio de la justicia. La necesidad de resolver estas contradicciones, que constituyen *los conflictos de competencia*, es pues, evidente. Pero el legislador no ha dado relevancia a la hipótesis en la cual la jurisdicción administrativa se declarare competente en un asunto de la competencia judicial; su preocupación esencial ha sido impedir al juez judicial interferir la competencia administrativa, según la interpretación revolucionaria del principio de separación, concebido como un medio de preservar la independencia de la administración respecto del juez judicial.

Esta preocupación explica por qué la resolución de estos conflictos ha sido inicialmente confiado al Jefe de Estado, actuando con su Consejo, es decir, en la práctica, al Consejo de Estado; el juez administrativo supremo quedaba así en capacidad de imponer al orden judicial el respeto a los límites que él asignaba a su propia competencia.

La solución que ha prevalecido respeta por el contrario la igualdad de los dos órdenes de jurisdicciones: ella confía la resolución de estos conflictos a un organismo paritario compuesto por representantes de una y otra parte: es el *Tribunal de Conflictos,* cuya creación definitiva, después de un ensayo, intentado por la segunda República,[7] data de la ley del 24 de mayo de 1872.

Este carácter paritario ha permitido extender la competencia del Tribunal a nuevos tipos de dificultades nacidas de la coexistencia de los dos órdenes de jurisdicciones; en esta vía han sido realizados dos reformas, una en 1932, concerniente a las dificultades relativas no a la competencia sino al fondo; la otra en 1960, concerniente a las dificultades de competencia que no afectan la forma de los conflictos tradicionales.[8]

Se estudiará, pues, sucesivamente, el Tribunal de Conflictos (§ 1), y las diversas hipótesis en las que está llamado a pronunciarse (§ 2).

§ 1. El tribunal de conflictos

137. — A. Composición. La ley del 24 de mayo de 1872 hizo del Tribunal de Conflictos una jurisdicción paritaria en la cual los dos órdenes están representados en términos de igualdad; la Corte de Casación y el Consejo de Estado designan tres de sus miembros para constituir el Tribunal; los seis jueces así nombrados escogen otros dos, y dos suplentes; el uso de la costumbre hace que sean igualmente dos consejeros de Estado y dos consejeros de la Corte de Casación. Los ocho titulares y los dos suplentes son nombrados por tres años. El riesgo de esta composición paritaria sería que el Tribunal se dividiera, defendiendo cada grupo la competencia

[7] Arrighi: "Le Tribunal des conflits et la Révolution de 1848", *D.*, 1949, Chr., p. 57.

[8] Sobre esta reforma, *cf.* los artículos de M. Auby, *A.J.D.A.,* 1961, p. 1, y Lindon, *J.C.P.*, 1960. Chr., N° 1.587.

de su orden, y no pudiera decidir. Para prevenir esto, la *presidencia* ha sido atribuida al ministro de justicia (garde des Sceaux). Se ha criticado la regla, ya que siendo miembro del gobierno, se ha dicho, que el ministro de justicia podría ser sistemáticamente hostil al poder judicial y a su competencia; además, puede tener conocimientos jurídicos restringidos para arbitrar un litigio que sea difícil, puesto que divide los representantes de las dos más altas jurisdicciones. En realidad, este doble peligro está sumamente limitado; el ministro de justicia no interviene sino cuando hay división de opiniones; ahora bien, este caso es muy raro; a menudo se llega a una mayoría y la experiencia de unos diez casos, en los cuales ha sido necesario un arbitraje, prueba que no siempre ha sido favorable a la competencia administrativa.[9]

En la práctica, fuera de estos casos excepcionales, la presidencia es ejercida por un vicepresidente elegido por sus colegas, y escogido alternativamente de uno y otro orden. El principio paritario se aplica, igualmente, a la escogencia de los *comisarios del gobierno,* llamados a presentar conclusiones en cada caso: los dos titulares y los dos suplentes son nombrados por decretos, entre los abogados relatores (*maîtres de requêtes*) del Consejo de Estado y los abogados generales de la Corte de Casación.

138. — B. **Funcionamiento.** El Tribunal de Conflictos es una *jurisdicción* en el pleno sentido del término. Sus sentencias son precedidas de un procedimiento variable, según los diversos tipos de conflictos, pero siempre contradictorio. En cada caso, un ponente es designado; él da, en audiencia pública, lectura de su informe. Los abogados de las partes, obligatoriamente escogidos entre los abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, pueden presentar observaciones orales. El comisario del gobierno presenta luego sus conclusiones; igual que los comisarios del gobierno ante el Consejo de Estado, lo hace, a pesar de su título, con toda independencia, sobre el punto de vista del derecho únicamente. Allí interviene de nuevo el principio paritario: el ponente y el comisario del gobierno pertenecen en cada caso a un orden diferente.

[9] Oraison. "Le partage d'opinions au T.C.", *A.J.*, 1971, p. 571.

§ 2. Las diversas materias esenciales de competencia del tribunal de conflictos

139. — **Visión de conjunto.** Se denominan conflictos de atribución, o de competencia, las oposiciones que surgen entre el orden judicial y el orden administrativo referentes a la competencia respectiva de las dos jurisdicciones.[10] Los conflictos de atribución que el Tribunal de Conflictos está llamado a decidir, son de dos tipos: conflictos *positivos* y conflictos *negativos*. No hay que creer, a pesar de la oposición que sugiere los adjetivos escogidos para designarlos, que cada uno de los dos tipos puede definirse como el contrario —del otro—: ellos son diferentes pero no inversos.

Resolver los conflictos de atribución fue durante largo tiempo la única competencia del Tribunal de Conflictos y permanece como su misión esencial. Pero sobre el terreno de la competencia, esta misión ha sido modificada y completada por el decreto del 25 de julio de 1960: en materia de conflictos negativos, el rol esencial del Tribunal no es más el de decidir, sino de prevenir. Por otro lado, del mismo texto le permite no sólo decidir conflictos, sino simples *dificultades de competencia.* Además, desde la ley del 20 de abril de 1932, está llamado igualmente a intervenir en los casos en que los dos órdenes de jurisdicción se oponen, no sobre la competencia, sino sobre el *fondo.*[11]

140. — **A. El conflicto positivo. 1º Definición.** Se trata de un conflicto que se plantea, no como se cree a veces, entre una jurisdicción judicial y una jurisdicción administrativa que se disputan el conocimiento de su caso, sino más bien, entre una jurisdicción judicial, que requerida por el demandante, se declara competente y la administración que cuestiona esa competencia. Por regla general, la actitud de la administración se basa en el hecho de que el litigio compete, según su criterio, al juez administrativo; pero ella puede también referirse a la teoría del acto de gobierno: la administración descarta entonces la competencia judicial, no en provecho de la competencia administrativa, sino en virtud de una

---

[10] Laroque: "Les conflits d'attribution", *R.D.P.*, 1932, p. 1.

[11] *Cf.* para un balance, J. Boulouis: "La jurisprudence du Tribunal des conflits de 1962 à 1972", *Mél., Stassinopoulos,* 1979, p. 307.

inmunidad total de jurisdicción (T.C., 2 de febrero de 1950, *Radiodiffusion française, Gr. Ar.*, p. 316, *J. C. P.*, 1950, II, Nº 5.542, nota de Rivero).

Se debe destacar:

a) El carácter *constitucional* del conflicto: dos poderes se oponen, con base a una interpretación del principio de la separación. El demandante que ha recurrido al tribunal es relegado a un segundo plano; sobre el litigio que él pretendía se juzgara, se incorpora un nuevo litigio, entre el ejecutivo y el judicial.

b) Su carácter *unilateral*: si bien el aspecto original del conflicto que consistía en una arma otorgada a la administración contra las interferencias del poder judicial, ha desaparecido desde 1872, en lo que concierne al órgano llamado a decidir; sin embargo, dicho aspecto se ha perpetuado en cuanto al procedimiento del conflicto positivo: la administración puede cuestionar la competencia judicial; pero el orden judicial si estima que un tribunal se ha declarado equivocadamente competente, no puede defender su competencia ante el juez de conflictos.

c) Su carácter *reglamentado*. La administración no es libre de utilizar arbitrariamente el arma que le es confiada. Esta libertad, mientras le fue permitida, suscitó graves abusos; la administración utilizaba el conflicto para sustraer a los jueces causas sospechosas o de amigos del poder. La ordenanza del 1º de junio de 1928, todavía en vigor, vino a poner fin a esas prácticas; ella organizó el procedimiento en dos grados: el planteamiento o la elevación del conflicto, y la decisión o fallo.

141. — 2º Planteamiento o elevación del conflicto.[12] Es un procedimiento que tiene por objetivo verificar la oposición del poder judicial y de la administración, y de recurrir al Tribunal de Conflictos.

a) ¿Quién puede plantear el conflicto? Sólo el prefecto del departamento en que el litigio se ha suscitado; en tanto que representante del Ejecutivo, tiene cualidad para actuar.

---

[12] Luchaire: "Formalisme et nature juridique des actes composant la procédure du conflit positif", *R.D.P.*, 1946, p. 369; "L'évolution du conflit positif d'atributions", *D.*, 1952, Chr., p. 183.

b) ¿Ante cuáles jurisdicciones puede ser planteado? Por razones relativas al fondo o al procedimiento, el planteamiento del conflicto no es posible ante todas las jurisdicciones.

Por razones de fondo se excluye de manera absoluta en materia criminal.[18] En materia correccional está limitado a dos casos: la represión de los atentados al dominio público que están reservados al juez administrativo, y la hipótesis en la que el juicio depende de una cuestión prejudicial que entra en la competencia del juez administrativo (*cf.*, *infra*, Nº 180 y s.). Por otra parte, el procedimiento del conflicto hace intervenir un representante del ministerio público; el conflicto no podría entonces plantearse ante las jurisdicciones que están desprovistas de uno (tribunal de instancia, tribunal de policía, tribunal de comercio). Pero una ley del 10 de julio de 1970 habilita al Procurador de la República adjunto al Tribunal de gran instancia, a ejercer las funciones del Ministerio Público ante todas las jurisdicciones de primer grado de su instancia. Así, el conflicto puede en lo adelante plantearse ante estas jurisdicciones. En la práctica, sin embargo, es ante los tribunales de gran instancia en lo civil, y excepcionalmente en lo correccional, y ante las Cortes de apelación en los mismos casos, que el conflicto interviene. Todavía está prohibido, ante todas las jurisdicciones, en materia de atentados a la libertad individual (C. Proc. Pen., artículo 136, *infra*, Nº 171).

c) ¿En qué momento de la instancia puede ser planteado el conflicto? Mientras que no haya habido, en un litigio, una sentencia definitiva sobre el fondo. En este caso, la apelación abre a la administración la posibilidad de plantear el conflicto si no se ha hecho en primera instancia. La solución contraria se aplica al recurso de casación, que no constituye un tercer grado de jurisdicción: no hay nunca pues planteamiento del conflicto ante la Corte de Casación.

d) ¿Cómo es planteado el conflicto? El procedimiento adopta el aspecto de un diálogo entre la administración y el juez. El prefecto, al conocer que el tribunal ha sido recurrido y estimándolo incompetente, le dirige, por intermedio de la fiscalía, una comu-

---

[18] Sobre el planteamiento del conflicto ante la Corte de lo Criminal: *Cf.* nota de Rivero, sobre T.C., 9 de julio de 1953; Nardon: *J.C.P.*, 1953, II, Nº 7797.

nicación mediante la cual le invita a *declinar* su competencia y a desistir del caso: es la *declinatoria de competencia.*

El tribunal responde decidiendo sobre la declinatoria: si está de acuerdo con el prefecto, declara la incompetencia que le ha sido opuesta, y el asunto se cierra; en caso contrario, rechaza la declinatoria y se declara competente.

El asunto puede todavía detenerse si el prefecto se deja convencer por la argumentación del tribunal; en caso contrario, debe dictar en los quince días siguientes a la notificación del juicio, una *resolución del conflicto* (*arrêté de conflict*), motivada, cuyo efecto es triple:

- hace patente la existencia del conflicto;
- trasmitida al tribunal, obliga a éste a diferir la decisión en el litigio inicial hasta la decisión del Tribunal de Conflictos;
- trasmitida al Tribunal de Conflictos, éste lo admite y abre el procedimiento del juicio.

142. — 3º **Fallo del conflicto.** a) Al término de un procedimiento en el curso del cual las partes del litigio inicial, interesadas en hacer conocer sus argumentos, son autorizadas a presentar sus observaciones sobre la competencia, el Tribunal de Conflictos decide. La decisión debe producirse en los tres meses siguientes a la recepción de la resolución de conflicto (arrêté de conflict); un mes después de ese lapso, la interrupción que afectaba el procedimiento ante el tribunal judicial cae, y éste es autorizado a retomar el examen del asunto.

a) La decisión del tribunal puede, o bien confirmar, o bien anular la resolución de conflicto (*arrêté de conflict*).

La resolución es *confirmada* si el tribunal concluye, al igual que el prefecto, en la incompetencia del tribunal judicial; éste queda entonces definitivamente descartado. El demandante debe deducir que la jurisdicción administrativa es la competente, pero la sentencia no le suministra sobre este punto ninguna decisión positiva. La *anulación de la resolución de conflicto* puede fundarse en una simple irregularidad de forma o de procedimiento en la elevación del conflicto. En este caso, el tribunal al que inicialmente se recurrió puede juzgar el asunto; pero como la cuestión de com-

petencia subsiste, el prefecto puede, si apela la sentencia, dictar ante la jurisdicción de apelación, una nueva resolución de conflicto, esta vez regular. La anulación puede igualmente establecer la prohibición de plantear el conflicto ante ciertas jurisdicciones (*supra,* Nº 141). Puede finalmente, pronunciarse sobre el fondo del problema, cuando el Tribunal de Conflictos concluye, en contra del prefecto y en favor de la competencia judicial. En estos dos últimos casos, ésta queda definitivamente consagrada y el proceso retoma su curso ante el tribunal al que inicialmente se recurrió.

143. — B. El conflicto negativo.[14] **1º Definición.** Un demandante presenta su litigio ante un tribunal judicial que se declara incompetente porque estima que el litigio depende del juez administrativo. El demandante recurre entonces a éste último, quien igualmente se declara incompetente, estimando que le correspondía al juez judicial conocer. De ello resulta una situación ilógica —dos decisiones contradictorias, de las cuales una es ciertamente errada, van a coexistir— y sobre todo, injusta; el demandante no encuentra juez; es víctima de una *denegación de justicia.*

Esta doble declaración de incompetencia, emanado de dos jurisdicciones: una administrativa y la otra judicial, recurridas sucesivamente sobre el mismo litigio, y llevando a una denegación de justicia, constituye el conflicto negativo.

Hay que precisar bien:

- que es el *mismo litigio,* oponiendo a las mismas partes sobre el mismo objeto, por la misma causa, y planteado ante los dos órdenes;

- que la decisión de incompetencia de cada jurisdicción debe estar *motivada por la afirmación de la competencia de la otra;* sino, las dos decisiones podrían ser perfectamente conciliables y exactas una y otra;

- que el aspecto constitucional del conflicto positivo no existe aquí: ninguno de los dos poderes usurpa al otro; al contrario. El principal interesado es pues el demandante, en busca de un juez que se oculta.

---

[14] Dutruch: *Les conflits négatifs d'attribution,* tesis, París, 1927.

144. — 2º **La solución del conflicto negativo.** El régimen anterior a la reforma realizada por el decreto del 25 de julio de 1960 hacía intervenir al Tribunal de Conflictos, una vez que, habiendo sido dictadas las dos decisiones, el conflicto negativo aparecía. El Tribunal, recurrido por el demandante, anulaba aquél de los dos juicios que estimaba viciado de error, afirmando así la competencia de la jurisdicción de la que emanaba la decisión anulada.

El inconveniente de este procedimiento era su extrema tardanza: podían pasar años antes que un demandante se viera posibilitado a recurrir al Tribunal de Conflictos, estando normalmente obligado a utilizar, en primer lugar, las vías de recurso propias a cada uno de los órdenes. Es por lo que el decreto precitado, sin suprimir el procedimiento que acabamos de señalar, conduce por la nueva redacción que da al artículo 34 del decreto del 26 de octubre de 1849, a hacerlo prácticamente inútil, salvo casos excepcionales, por el *procedimiento de reenvío* que instituye. En presencia de un fallo de incompetencia que no es susceptible de apelación, el demandante lleva el asunto ante un tribunal del otro orden; si éste considera que el primer fallo es errado, y que es él y no el orden recurrido en primer lugar, el que es incompetente, en adelante no debe dictar el fallo de incompetencia que habría hecho patente el conflicto negativo; está obligando a reenviar al Tribunal de Conflictos, mediante un fallo motivado, la decisión sobre la competencia, y diferir todo procedimiento hasta su decisión.

Hay que destacar:

- que en el nuevo régimen, es el tribunal y no el demandante quien recurre al Tribunal de Conflictos;

- que el reenvío es obligatorio desde el momento en que no se reconoce como competente;

- que la decisión de reenvío no es susceptible de recurso, incluso el de casación: imponiendo recurrir directamente al Tribunal de Conflictos, el decreto permite apurar la solución definitiva.

El Tribunal de Conflictos, después de una instrucción conducida según las formas habituales, sentencia: reenvía el examen del asunto a la jurisdicción que estima competente, y anula, por vía de consecuencia, aquellas decisiones dictadas anteriormente que van en contra de la atribución de competencia así decidida.

La decisión soluciona definitivamente la cuestión de competencia: se impone a los dos órdenes, y la administración no puede ya elevar el conflicto positivo si es la jurisdicción judicial la que ha sido designada para decidir sobre el fondo.

145. — C. Las "serias dificultades" respecto de la competencia en las jurisdicciones supremas. El procedimiento de reenvío que se acaba de estudiar no se aplica solamente a la solución acelerada de los conflictos negativos planteados en estado latente; el decreto de 1960 la utiliza igualmente en otra hipótesis, completamente nueva y que constituye, para el Tribunal de Conflictos, una materia especial suplementaria.

Cuando ante una de las jurisdicciones supremas —esencialmente el Consejo de Estado o la Corte de Casación— se recurre por un litigio que plantea "una cuestión de competencia que presenta una dificultad seria y que afecta la separación de las autoridades administrativas y judicial", ella puede transferir mediante una decisión de reenvío, al Tribunal de Conflictos, la tarea de decidir sobre esa cuestión. Hay que precisar bien:

1º Que en este supuesto *ningún conflicto se plantea* y sólo uno ha sido recurrido; el asunto ha llegado a su jurisdicción suprema; el otro orden no ha tenido que tomar posición. Pero la jurisdicción suprema considera que el problema de la división de competencias es difícil, y podría correrse el riesgo cualquiera que sea la solución que se dé, de no obtener la adhesión del otro orden si se recurriera ante él. Es de buena política jurisprudencial prevenir las posibles contrariedades de decisiones, haciendo intervenir al Tribunal de Conflictos para resolver la dificultad. Se trata, en el fondo, de una prevención.

2º El reenvío no puede ser decidido, en este caso sino *por las jurisdicciones supremas*: se ha estimado que son éstas las únicas que están en capacidad de apreciar con toda certitud la dificultad real de la cuestión de competencia. El nuevo procedimiento no permite que los jueces inferiores lo utilicen como coartada, en el sentido de estar poco deseosos de verse envueltos en un problema de competencia.

3º El reenvío es *puramente facultativo*: Consejo de Estado o Corte de Casación pueden muy bien preferir decidir el problema

de competencia, antes que recurrir al Tribunal de Conflictos. Es decir, que la eficacia de la reforma reposa enteramente sobre la sabiduría, y más precisamente sobre la humildad de las altas jurisdicciones; la experiencia prueba que ellas no dudan en hacer un uso frecuente de este procedimiento de reenvío.

Recurrido por esta vía, el Tribunal decide como en el caso precedente (reenvío para resolver un conflicto negativo virtual). Designa la jurisdicción competente, procede eventualmente a las anulaciones que puedan derivarse, por ejemplo: sobre el reenvío de la Corte de Casación, anulación de las decisiones de primera instancia y de apelación que afirman la competencia judicial si es la competencia administrativa la que es señalada. Su decisión tiene la misma autoridad: ella se impone a todos los órdenes, y a la administración misma, que no puede ya más, en curso de la instancia, elevar o plantear el conflicto.

146. — D. **El conflicto de decisiones sobre el fondo.**[15] 1º **Situación de la cuestión.** El Tribunal de Conflictos es tradicionalmente el ordenador de las competencias; a esto se limita su rol; él indica de manera directa o indirecta, el juez competente; él no da, en principio, ninguna indicación sobre el fondo del asunto. Particularmente, no le corresponde resolver las contradicciones que puedan existir entre las jurisprudencias administrativas y judicial sobre problemas que están llamados a conocer una y otra. Puede suceder, por ejemplo, que el juez administrativo, luego de un recurso por exceso de poder, estime legal un reglamento de policía que el juez represivo, llamado a sancionar sus violaciones, estime ilegal. No hay forma de poner remedio a esas contrariedades, por chocantes que éstas puedan ser.

Sin embargo, estos señalamientos plantean dos salvedades:

a) El ejercicio de su misión de juez de competencias obliga a veces al Tribunal de Conflictos a decidir una cuestión de fondo; por ejemplo, en caso en que el conflicto sea planteado en una acción de responsabilidad dirigida contra un funcionario, la decisión a favor de la competencia administrativa significa la irresponsabilidad

[15] Mestre: "La Loi du 20 Avril 1932", *Mél., Negulesco;* Theis: "Le Tribunal des conflits juge du fond", *R.D.P.*, 1932, p. 491; Bardonnet: ***Le Tribunal*** *des conflits juge du fond en vertu de la loi du 20 de Avril 1932,* tesis, París, 1957.

personal de ese funcionario. A menudo, la decisión sobre la competencia se deriva de un examen de los hechos, o de la calificación jurídica de la situación litigiosa que tocan al fondo.

b) De manera directa, la ley del 20 de abril de 1932 ha señalado uno de los casos en que la contradicción sobre el fondo entre un tribunal judicial y un tribunal administrativo aparecía particularmente chocante y ha dado competencia al Tribunal de Conflictos para decidir el fondo del litigio.

147. — 2º **Los elementos del conflicto de decisión.** a) Para comprender la hipótesis hace falta partir del caso concreto que provocó la sanción de la ley del 20 de abril de 1932, y su primera aplicación (T.C., 8 de mayo de 1933, *Rosay, S.*, 1933, III, p. 117). Un particular resultó herido en una colisión entre un vehículo privado y un vehículo del Estado; él demanda indemnización ante el tribunal civil, al propietario del vehículo privado, por considerar que era el responsable del accidente. El tribunal, competente para decidir este litigio entre dos particulares, lo rechaza, dejando entender que el accidente incumbe al vehículo de la administración. La víctima dirige entonces su acción en indemnización contra el Estado, ante el juez administrativo,[16] éste a su vez rechaza la demanda, por estimar que ninguna falta había sido cometida por el chofer de la administración. Los dos fallos concuerdan en que la víctima tiene derecho a indemnización; pero tiene sobre las circunstancias del accidente, apreciaciones contradictorias, que hacen esta indemnización imposible. La víctima del accidente es también, además, víctima de una iniquidad ligada a un absurdo: puesto que la colisión sucedió provocada por uno u otro de los dos choferes, o por los dos, contrariamente a lo que resultaba de las dos sentencias.

La ley del 20 de abril de 1932 fue sancionada para permitir poner remedio a esta situación; pero se trata de una ley de especie, que ha tenido varias aplicaciones desde entonces.[17]

b) De manera general, para que el Tribunal de Conflictos pueda ser recurrido, hace falta:

---

[16] La jurisdicción administrativa no es actualmente competente, el contencioso de los accidentes causados por los vehículos administrativos han sido transferidos a los tribunales judiciales por la ley del 31 de diciembre de 1957, *infra*, Nº 178.

[17] *Cf.* especialmente: TC, 12 de diciembre de 1955; Thomasson: *J.C.P.*, 1956, II, Nº 9.198, concl. Lemoine, nota Rivero.

- que una persona (justiciable) haya podido, a partir de los *mismos hechos* (el accidente), en vista de *un mismo objeto* (la indemnización), formar *dos acciones distintas* (en razón de la dualidad de los demandados), una ante el juez administrativo y otra ante el juez judicial;

- que los dos tribunales hayan rendido, sobre el *fondo,* dos decisiones *definitivas;*

- que las dos decisiones sean *contradictorias,* es decir, que cada una se base sobre un elemento de hecho o de derecho que el otro rehúsa admitir. Si por ejemplo, el juez civil rechaza la acción en responsabilidad, afirmando que hubo falta de la víctima, y si el juez administrativo la rechaza negando que haya habido falta de la administración, no se contradicen: las dos afirmaciones pueden ser simultáneamente verdaderas.

- que resulte, de esta contrariedad, una *denegación de justicia,* es decir, en el caso, una injusticia grave: la imposibilidad, para el demandante de hacer triunfar un derecho cuyo principio no está cuestionado.

c) Se ven las diferencias con el conflicto negativo:[18]

- en el conflicto negativo, las decisiones que intervinieron no se han pronunciado sino sobre la competencia, para descartarla; aquí los dos tribunales se han reconocido, a justo título, competentes y han decidido sobre el fondo;

- en el conflicto negativo, la misma acción es llevada ante los dos jueces; aquí, dos acciones que corresponden a dos competencias tienen al mismo objeto;

- en el conflicto negativo, la denegación de justicia se refiere a la carencia de jueces, aquí, a sus contradicciones.

Sucede por cierto, que en la práctica la distinción suscita dificultades.[19]

---

[18] Weil: "Conflits de décisions au fond et conflits négatifs de compétence", *D.*, 1956, Chr., p. 81.

[19] Para un ejemplo de estas dificultades, *cf. T.C.*, 2 de junio de 1945, *S.*, 1954, III, p. 61, nota Huet.

148. — 3º **La solución del conflicto.** En los dos meses desde el día en que la última decisión se hizo definitiva, el particular recurre al Tribunal de Conflictos por intermedio de un abogado del Consejo de Estado. El Tribunal juzga el fondo del asunto: en el caso *Rosay* decidió, por ejemplo, que la responsabilidad del accidente se compartía mitad y mitad entre el Estado y el particular. El fallo pone definitivamente fin al litigio, entre las partes.

CAPITULO III

La competencia de la jurisdicción administrativa: reglas de delimitación

149. — Situación de la cuestión. ¿Cuáles son los litigios en los que los demandantes deben recurrir a la jurisdicción administrativa? La solución de la jurisprudencia, en ausencia de una respuesta precisa dada por los textos, presenta dos aspectos fundamentales:

1º La competencia administrativa, por definición, se limita a los *litigios nacidos de la acción de la administración.* El juez ha tenido que precisar las fronteras de la acción administrativa, en relación a la actividad de los particulares y a la actividad no administrativa de las personas públicas (Sección I).

2º Pero *todos los litigios nacidos de la acción administrativa no competen a la jurisdicción administrativa.* De las incertidumbres y de las evoluciones jurisprudenciales sobre este punto se desprende una directriz: la competencia administrativa no se justifica sino cuando el litigio pone en aplicación las reglas del derecho administrativo; si la administración se ha mantenido en el marco del derecho privado, no hay lugar para descartar la competencia judicial. Resulta entonces necesario, para la aplicación de esta directriz, determinar los signos característicos del derecho administrativo (Sección II).

La delimitación del campo de la acción administrativa, y los signos característicos para la aplicación del derecho administrativo, son con toda evidencia, dos problemas fundamentales. Se comprende, pues, por qué la cuestión de la delimitación de las competencias, que ha obligado al juez a resolver esos problemas, ocupe en la teoría general del derecho administrativo, un lugar central.

SECCIÓN I. La competencia del juez administrativo no excede el campo de la acción administrativa

En aplicación de este principio, se encuentran excluidos de la competencia administrativa, por una parte los litigios entre *particulares,* por otra parte los litigios nacidos de la acción no administrativa de los *órganos públicos,* y en fin, aquellos que se vinculan con autoridades públicas *extranjeras.* El primer y tercer aspecto no requieren sino breves explicaciones; es pues, a los diversos aspectos del segundo, que serán dedicados los parágrafos de esta sección.

150. — **Los litigios entre particulares.** El juez administrativo no es competente para conocer de los litigios entre personas privadas; estos litigios normalmente dependen de los tribunales judiciales.

Las *excepciones* son poco numerosas: litigios entre el Banco de Francia, persona moral del derecho privado, y sus agentes (decreto del 31 de diciembre de 1936, artículo 95), litigios entre el concesionario de una mina y el descubridor, es decir, la persona que la descubrió, respecto a la indemnización que se le debe (C. min., artículo 25), y sobre todo, acciones dirigidas por particulares contra los empresarios o concesionarios de obras públicas, en razón de daños causados por sus trabajos; *cf.,* también en materia de contratos administrativos excepcionalmente celebrados entre particulares, *supra,* Nº 109.

La aplicación de la regla no plantea dificultad sino en el caso de las personas morales cuyo carácter privado o público no es evidente *a priori* y debe ser precisado para resolver el problema de la competencia. Es el caso particularmente, de las *personas morales profesionales,* cuya naturaleza pública o privada no ha sido precisada ni por el texto que las ha creado, ni por la jurisprudencia (*supra,* Nº 41): aquellos litigios con particulares que se vinculen con la gestión del servicio del que tienen la carga y que ponen en juego la aplicación del derecho administrativo, dependen del juez administrativo (C.E., 31 de julio de 1942, *Monpeurt,* 2 de abril de 1943, Bouguen, precitados Nº 41). En cuanto a las acciones dirigidas contra las personas privadas que administran un servicio público administrativo, éstas caen bajo la competencia judicial, salvo si se refieren al ejercicio por estas personas de las prerrogativas del

poder público que han podido serle conferidas (C.E., 13 de octubre de 1978, *Association departamentale pour l'amenagement des structures des exploitation agricoles du Rhône,* T. C., 6 de noviembre de 1978, *Bernardi, A. J.*, 1979, Nº 1, p. 35).

151. — **Litigios relativos a autoridades extranjeras.** Es evidente que el juez administrativo francés no puede conocer de la actividad de una autoridad administrativa no francesa, sea para anular sus actos, sea para poner en juego su responsabilidad. La aplicación del principio no plantea dificultades sino cuando puede haber duda sobre el carácter francés o extranjero de la autoridad considerada: autoridad francesa actuando excepcionalmente por cuenta de un Estado extranjero o de un organismo internacional, o de autoridades extranjeras establecidas en Francia. A la primera hipótesis se refieren los casos del Presidente de la República actuando en calidad de copríncipe de los Valles de Andorra (C.E., 1º de diciembre de 1933, *Ste. Le nickel, S.*, 1935, III, p. 1), del comandante en jefe de las fuerzas francesas en Alemania después de 1945, actuando por cuenta del conjunto de las fuerzas de ocupación (C.E., 21 de noviembre de 1952, *Association du monument Magin, Rec.*, p. 521), y durante la aplicación del régimen de protectorado en Túnez y en Marruecos, de los funcionarios franceses actuando en nombre del Estado protegido. La segunda hipótesis se realizó durante la ocupación de Francia por las fuerzas alemanas (C.E., 7 de setiembre de 1945, *Cie La Paternelle, Rec.*, p. 189); en lo que concierne a los daños causados por las fuerzas aliadas estacionadas en Francia, la competencia del juez francés resultaba de convenciones internacionales que sustituían al Estado interesado en las relaciones con la víctima, por el Estado francés.

§ 1. Límites de la competencia administrativa respecto del poder legislativo

152. — **El principio y las excepciones.** Juez del ejecutivo; el juez administrativo no tiene competencia, en principio, para los litigios que pueden nacer de la acción del Parlamento, órgano del poder legislativo. Pero el principio ha sufrido restricciones importantes.

1º *Los actos legislativos,* es decir, las leyes en sentido formal, escapan a todo recurso, tanto ante el juez administrativo como ante el juez judicial; solamente el Consejo constitucional recurrido en base al artículo 61 de la Constitución entre la votación y la promulgación, puede sancionar la inconstitucionalidad de las leyes. La regla fue reafirmada por el Consejo de Estado a propósito del contencioso de las elecciones a la Asamblea Europea (22 de octubre de 1979, *Unión Democratique du Travail, A. J.,* 1980, Nº 1, p. 40). Sin embargo, la jurisdicción administrativa conoce de las acciones de reparación por daños y perjuicios causados por la ley, en los casos muy excepcionales en que esta reparación es posible (*infra,* Nº 306).

2º Esta inmunidad de jurisdicción se extiende a *todos los actos que concurren directamente a la elaboración de la ley,* emanen de las asambleas o de sus órganos (comisiones parlamentarias, presidente y oficina de las asambleas).

3º Se extendía igualmente a todos los actos de los *servicios administrativos de las asambleas,* con excepción de los contratos relativos a suministros o trabajos necesarios a su funcionamiento, para los que el Consejo de Estado tendía a retener su competencia (26 de enero de 1934, *Ronsin, Rec.,* p. 137). Pero la ordenanza Nº 58-1.100 del 17 de noviembre de 1958, artículo 8º, ha invertido la regla: el juez administrativo es de ahora en adelante competente para *todos los litigios que conciernen a los agentes de las asambleas* (recurso de anulación y de indemnización); comparte con el juez judicial, según las reglas aplicables a la actividad de la administración, el conocimiento de las *acciones de reparación de daños causados por los servicios administrativos de las asambleas.*[20]

4º La función legislativa no la ejerce solamente el Parlamento; el gobierno participa de manera activa, tanto en el funcionamiento de las asambleas (organización de las elecciones, convocación y clausura de sesiones) como en la elaboración de la ley (entrega de proyectos de ley, intervención en el curso del procedimiento legislativo). Aunque emanen del poder ejecutivo, estas decisiones son consideradas por el Consejo de Estado, dada su conexidad con la actividad parlamentaria, que escapan a su competencia (8 de junio de 1951, *Hirschowitz, S.,* 1951, III, p. 74, para los actos que se vincu-

[20] Auby: "Le contentieux des actes parlementaires", *Act, jur;* 1959, I, p. 101.

lan con las operaciones electorales; 9 de mayo de 1951, *Mutuelle nationale des étudiante Rec.*, p. 253, para el ejercicio de la iniciativa gubernamental); la regla ha sido, incluso, extendida a los decretos que reglamentan las elecciones legislativas (C.E., 2 de noviembre de 1951, *Tixier*, nota de Vedel en el *J.C.P.*, 1952, II, Nº 6.810). A menudo se vinculan estas soluciones con la noción de acto de gobierno (*infra*, Nº 155).

5º Principios más flexibles inspiran las soluciones relativas a los actos, por lo que el ejecutivo participa en el ejercicio directo del poder legislativo por el pueblo. Las decisiones que constituyen los preliminares de un referéndum no pueden ser diferidas al juez cuando éste lleva a la adopción de una ley propuesta por sufragio popular, ya que pondría en duda la validez de esta ley (C.E., 27 de octubre de 1961, *Le regroupement national, D.*, 1962, p. 23), por el contrario, el juez se reconoce el poder de decidir sobre la legalidad administrativa de estas medidas antes del referéndum (C.E., 19 de octubre de 1962, *Brocas, D.*, 1962 p. 701): su decisión entonces permanece sin efecto sobre una ley, ya que la adopción del proyecto es aún incierta.

§ 2. Límites de la competencia administrativa respecto a la autoridad judicial [21]

El ejecutivo está completamente excluido, en virtud de la separación de poderes, del *ejercicio* de la justicia civil y represiva; pero la *organización* de los servicios judiciales incumbe en larga medida al gobierno; de allí las distinciones siguientes, en lo que concierne a la competencia del juez administrativo:

153. — A. **Organización de los servicios judiciales.** El juez administrativo es en principio competente para todas las *medidas de organización dictadas por el Ejecutivo.* La regla se aplica a la creación y a la supresión de las jurisdicciones, a la suspensión de su actividad (T.C., 27 de noviembre de 1952, *Prefect de la Guayane, Gr. A.*, p. 394; nota de Vedel en el *J.C.P.*, 1953, II, Nº 7.598); se aplica también a la carrera y a la disciplina de los ma-

[21] Gour: "Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif", 1960; Bonnefoy: "Le juge administratif, juge de la situation du magistrat judiciaire", *J.C.P.*, 1978, I, Nº 2.898.

gistrados (C. E., 31 de enero de 1975, *Exertier et Volff*, sobre la puntuación por los jefes jerárquicos *R.D.P.*, 1975, p. 821), incluso cuando la decisión emane del Consejo superior de la Magistratura (17 de abril de 1953, *Falco et Vidaillac, Gr. Ar.*, p. 408)[22] e incluso —solución aún más discutible—, cuando estatuye en tanto que jurisdicción disciplinaria de los magistrados, siendo entonces el Consejo de Estado, juez de casación (C.E., 12 de julio de 1969, *L'Etang, R.D.P.*, 1970, p. 393, nota de Waline, p. 387). La competencia administrativa se detiene cuando la decisión emana de una *autoridad judicial,* sea en materia de organización (C.E., 4 de agosto de 1913, *Magnaud,* p. 987), sea en materia disciplinaria (sanción dictada por un procurador general). Igualmente cuando una medida disciplinaria, incluso dictada por una autoridad administrativa, se basa en motivos cuyo examen implicaría una intromisión en el funcionamiento de la justicia (C.E., 26 de junio de 1953, *Dorly, S.*, 1954, III, 1). Pero el Consejo de Estado extiende cada vez más su competencia con respecto a los magistrados (en este sentido: C.E., 5 de noviembre de 1976, *dyon-Caen, A.J.D.A.*, 1977, p. 54).

154. — B. **Funcionamiento de los servicios judiciales.** El juez administrativo sobre este punto, afirma su incompetencia de principio (C.E., 13 de julio de 1961, *Jobard, D.* 1962, p. 275). La aplicación de la regla comporta, sin embargo, algunos matices:

1º La incompetencia de la jurisdicción administrativa es total en lo que concierne a las sentencias, a las decisiones no jurisdiccionales, a las medidas de instrucción.

2º En lo que concierne, a la *ejecución de las decisiones de justicia,* la incompetencia se extiende a todas las medidas relativas a la ejecución de penas, así como a las decisiones dictadas por el Presidente de la República, en el ejercicio del derecho de gracia (C.E., 28 de marzo de 1947, *Gombert, S.*, 1947, III, 89). Pero las decisiones individuales, de amnistía, aunque consecutivas al pronunciamiento de una pena, permanecen siendo actos administrati-

---

[22] Sobre esta solución, vivamente discutida, *cf.* las notas de M. M. Mathiot (S., 1953, III, p. 33), Eisenmann (*D.*, 1953, p. 683), Waline (*R.D.P.*, 1953, p. 448); Vedel (*J.C.P.*, 1953. II, Nº 7.598) y las conclusiones del comisario de gobierno J. Donnedieu de Vabres: *R.D.P.*, 1953, p. 448. Esta ha sido confirmada, a pesar de las críticas de la doctrina: C.E., 14 de marzo de 1975, Rousseau: *R.D.P.*, 1975, p. 322, concl. Dondoux.

vos susceptibles de recurso (C.E., 24 de noviembre de 1961, *Électricité de Strasbourg, R.D.P.*, 1962, p. 339). Por otra parte, el juez administrativo es competente para las acciones originadas por el rechazo del ejecutivo de prestar ayuda a la ejecución como tiene la obligación legal de hacer (*infra*, Nº 290).

3º La *policía judicial* que por oposición a la policía administrativa, esencialmente preventiva, tiende a preparar la represión penal y depende de la autoridad judicial, escapa de la competencia del juez administrativo. La distinción de las actividades dependientes de una u otra policía es, a veces, delicada de hacer en la práctica (*cf., infra*, Nº 434, y conclusiones de Delvolvé, bajo C.E., 11 de mayo de 1951, *Baud. S.*, 1952, III, 13).

4º Los decretos de extradición son precedidos de una opinión dada por la Cámara de acusación de la Corte de apelación sobre el punto de si las condiciones legales que autoriza la medida han sido cumplidas. El Consejo de Estado rechazó durante mucho tiempo los recursos interpuestos contra esos decretos considerados como actos de gobierno. Pero, después de haber aceptado la admisibilidad del recurso, se declaraba incompetente para verificar los fundamentos de las apreciaciones formuladas por la Cámara de acusación. En lo sucesivo él acepta de conocerlos (24 de junio de 1977, *Astudillo Calleja, A. J.*, 1977, p. 490; 7 de julio de 1978, *Croissant, A. J.*, 1978, p. 579).

§ 3. La cuestión de los actos de gobierno

155. — A. **Planteamiento del problema.**[28] Se ha visto (*supra*, Nº 5), la imposibilidad de distinguir, desde el punto de vista jurídico, entre la acción administrativa y la acción gubernamental. Existe sin embargo una categoría llamada *actos de gobierno*, respecto de los cuales ni el juez administrativo, ni el juez judicial, se reconocen competentes, lo cual tiene por efecto, sustraerlos de todo control jurisdiccional. A veces se fundamenta esta solución en el artículo 26 de la ley del 24 de mayo de 1872, según el cual "los ministros tienen el derecho de reivindicar ante el Tri-

[28] A. Gros: *Survivance de la raison d'État*, tesis, París, 1932; P. Duez: *Les actes de gouvernement*, 1935.

bunal de Conflictos los asuntos planteados en la sección del contencioso (del Consejo de Estado) y que no pertenecieran al contencioso administrativo". En realidad, el alcance de este texto, que no se ha aplicado jamás, es dudoso, y no es seguro que "los asuntos que no pertenezcan al contencioso administrativo" a que él se refiere, designen a los actos de gobierno.

En el siglo XIX, el Consejo de Estado tendía a considerar como tales, los actos del ejecutivo que el gobierno declaraba inspirados por un *móvil político.* Se negaba a conocer de los recursos, tanto de anulación como de indemnización, relativos a esos actos. Esta solución que equivalía al reconocimiento por el juez de la noción de razón de Estado, fue abandonada desde 1875 (C.E., 19 de febrero de 1875, *Prince Napoleón, Gr. Ar.,* p. 14).

156. — B. La lista de los actos del gobierno. El Consejo de Estado después de esta fecha, continúa declarando inadmisibles los recursos relativos a ciertas categorías de actos del Ejecutivo. Estas decisiones de inadmisibilidad no invocan siempre expresamente la noción de acto de gobierno; pero la doctrina dominante ha estimado durante largo tiempo, imposible de encontrarles otra explicación diferente a esta noción.

A la categoría de actos de gobierno, que se ha ido reduciendo con los años, no pertenecen hoy en día sino a los actos relativos a dos campos en los que el juez desea respetar la autonomía del gobierno, y evitar de inmiscuirse en los conflictos que pudieran suscitarse. Estos son:

1º *Los actos del ejecutivo adoptados en sus relaciones con el Parlamento* (*supra,* Nº 152-4º): ejercicio del derecho de iniciativa, decreto de promulgación de la ley (C.E., 3 de noviembre de 1933, *Desreumaux, Rec.,* p. 993), decreto de convocación y clausura de las sesiones, decisión de hacer valer el artículo 16, dictado por el Presidente de la República (C.E., 2 de marzo de 1962, *Rubin de Servens, D.* 1962, p. 307, *supra,* Nº 63; la sentencia presenta la particularidad excepcional de afirmar expresamente que la decisión constituye un acto de gobierno).

2º *Los actos del ejecutivo en materia de relaciones con potencias extranjeras.* Sobre este punto, hay que distinguir:

a) los actos relativos a la negociación y a la celebración de un tratado internacional, aun cuando emanen sólo del gobierno francés (firma, ratificación) escapan a todo recurso;

b) los actos relativos a la aplicación de los tratados: los tratados que tienen, en virtud del artículo 55 de la Constitución, una autoridad superior a la de las leyes, el juez administrativo puede recibir los recursos fundados en el desconocimiento de un tratado por una decisión del ejecutivo. Sin embargo, si el litigio supone la *interpretación* del tratado, el juez adopta la que da el Ministro de Relaciones Exteriores, y en este caso la solicita, y suspende el juicio hasta que la haya obtenido; pero si se trata de interpretar el Tratado de Roma que creó la Comunidad Económica Europea o una decisión de una autoridad de la Comunidad, es a la Corte de Justicia de las Comunidades europeas a la que pide la interpretación (C.E., 10 de julio de 1970, *Synacomex, A.J.D.A.*, 1970, p. 500; 28 de junio de 1974, *Charmasson, A.J.D.A.*, 1975, p. 33, nota de Durupty). En cuanto a los actos que se refieren directamente a la *aplicación* de un tratado, éstos son considerados, sea como actos de gobierno, sea como actos "separables" del tratado y susceptibles de recurso, según que incidan en las relaciones de Francia con las potencias firmantes, o que planteen cuestiones de puro derecho interno.[24]

c) *Los actos de política internacional fuera de los tratados*, esencialmente el ejercicio de la protección de los franceses en el extranjero por nuestros representantes acreditados ante las autoridades del país, o ante instancias internacionales, se consideran como actos de gobierno.[25]

[24] Ejemplo de la primera solución: C.E., 5 de julio de 1946; Lotti: *Rec.*, p. 190, de la segunda: 28 de enero de 1948; Lecanu: *R.D.P.*, 1948, p. 472, nota Waline; 30 de mayo de 1952, Dame Kirkwood: *R.D.P.*, 1952, p. 781, concl. Letourneur, nota Waline; 18 de noviembre de 1955, Petalas: *J.C.P.*, 1956, II, N° 9.184; 29 de noviembre de 1974, Canino: *D.*, 1975, *J.* p. 333. Sobre el problema general: Heumann: "Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur l'application des traités diplomatiques", *E.D.C.E.*, N° 7, p. 71; Virally: "Le conseil d'État et les traités", *J.C.P.*, 1953, I, N° 1.098; P. de la Pradelle: "Juridiction administrative et droit international", *E.D.C.E.*, 1963, p. 13.

[25] Para una interpretación amplia de la noción de "acto vinculado con las relaciones internacionales", C.E., 11 de junio de 1975, Paris de Bollardière. *A.J.*, 1975;

d) *los actos de guerra* gozan de la misma inmunidad. Sin embargo, el Consejo de Estado parece inclinarse, en algunos casos, a declararse competente respecto a ellos (30 de marzo de 1966, *Guyot, A. J.*, 1966, p. 382).

157. — C. Una interpretación de estas soluciones. Una gran parte de la doctrina,[26] sin cuestionar las soluciones que preceden, estima posible explicar la inadmisibilidad de los recursos formados contra este tipo de actos, sin recurrir a la noción de acto de gobierno (que las sentencias, como se ha visto, no mencionan sino raramente), por la simple aplicación de los principios generales que rigen la competencia del juez administrativo. En esta perspectiva, la inmunidad de los actos dictados en las relaciones del gobierno con el Parlamento, es una prolongación de la incompetencia del juez administrativo respecto del Parlamento mismo y de su actividad; la de los actos que interesan las relaciones internacionales se explica por el hecho de que el gobierno no actúa, en este campo, como poder ejecutivo. La teoría de los actos de gobierno se reabsorbería, pues, en la regla general, según la cual el juez administrativo no es competente sino en lo que concierne a la acción propiamente administrativa de los órganos públicos.

Estas interpretaciones, cada vez más generalmente aceptadas, e incluso por miembros del Consejo de Estado,[27] presentan la ventaja, respetando la autonomía del gobierno en dos campos en que es necesario, de eliminar de nuestro derecho una categoría susceptible de amparar o reforzar arbitrariedades.[28] Sin embargo, la reafirmación por la sentencia Rubin de Servens de la existencia del acto de gobierno (*supra*, Nº 156), marca el límite de este movimiento.[29]

p. 460, en relación a la creación de una zona de seguridad alrededor del atolón de Mururoa; en el sentido de una interpretación más restrictiva: C.E., 22 de diciembre de 1978, Vo Thanh Nghia: *A.J.*, 1979, Nº 4. p, 36, para la construcción de una embajada en París.

26 *Cf.* a saber: Virally: "L'ntrouvable acte de gouvernement", *R.D.P.*, 1952, p. 317; Chapus: "L'acte de gouvernement, monstre ou victime", *D.*, 1958, Chr., p. 5; Vedel: *Dr. adm.*, p. 305.

27 Odent: *Contentieux administratif*, I, p. 155; J. Donnedieu De Vabres: *E.D.C.E.*, Nº 3, p. 44, Céllier: concl. en C.E., 28 de marzo de 1947, Gombert, S., 1947, III, p. 89.

28 Para un ejemplo de este peligro: *cf.* T.C., 2 de febrero de 1950, precitado, *Gr. Ar.*, p. 337.

29 En este sentido, R. Capitant: "De la nature des actes de gouvernement", *Mélanges, Julliot de la Morandière*, 1964, p. 99. Sin embargo, el Consejo de Estado

SECCIÓN II. La competencia del juez administrativo en el campo de acción de la autoridad administrativa

La competencia del juez administrativo no coincide de manera absoluta con el campo de la acción administrativa, tal como se acaba de delimitar. Ella no se ejerce fuera de este campo, salvo las excepciones señaladas arriba, pero tampoco lo abarca totalmente: una parte de los litigios originados de la acción administrativa depende de la competencia judicial.

La repartición de estos litigios entre las dos competencias es, en lo esencial, obra de la jurisprudencia; la complejidad de las reglas aplicables se debe a las razones siguientes:

1º Esas reglas no se derivan de un principio único. En lo esencial, resultan de la *interpretación de los textos revolucionarios* que establecieron la separación de las autoridades administrativas y judiciales. Pero la aplicación de este criterio principal deja sitio a las reglas que se deducen de otro principio, que reserva al Poder Judicial la protección de la propiedad y de las libertades fundamentales. Además, textos legislativos han consagrado para ciertas categorías de litigios, soluciones sin relación con los principios precedentes.

2º El criterio principal surgido de la interpretación de los textos revolucionarios ha variado con el tiempo, sin haber llegado nunca a una precisión absoluta.

3º La evolución del rol del Estado, la extensión de sus atribuciones, la diferenciación de sus procedimientos de intervención, han trastornado profundamente las reglas relativamente coherentes que se habían fijado a comienzos del siglo XX. Esta transformación no ha terminado aún.

ha aplicado recientemente la teoría a propósito del decreto que establece una zona de seguridad alrededor del atolón de Mururoa, en el caso de las explosiones nucleares, declarándose competente en la medida que ese acto estaba vinculado a las relaciones internacionales de Francia, no invocó al apoyo de esta solución la noción de acto de gobierno, 11 de julio de 1975, París de Bollardière: *A.J.*, 1975, p. 460.

§ 1. El criterio principal: su evolución

158. — A. El **siglo XIX.**[30] 1º Los textos revolucionarios que prohíben al poder judicial toda intromisión en la acción del ejecutivo, recibieron, por parte de la administración, una interpretación muy amplia; pretendió sustraer a la competencia judicial todos los litigios en los que la administración estaba interesada. La resistencia de los tribunales, y luego la jurisprudencia del Consejo de Estado, hicieron prevalecer soluciones menos radicales.

2º En ausencia, hasta 1872, de un Tribunal de Conflictos que se impusiera a los dos órdenes, estas soluciones permanecen inciertas. El Consejo de Estado se acoge a la regla llamada del *Estado deudor*, que deduce de diversos textos revolucionarios, para reservar a la competencia administrativa todos los litigios que tienden a una condenación pecuniaria del Estado. Paralelamente se afirma la idea de que la competencia varía según la naturaleza de las reglas en causa: administrativa, o judicial, según que la administración haya querido utilizar sus prerrogativas o actuar en los marcos del derecho privado. Esta idea inspira la distinción de los *actos de autoridad*, reservados a la competencia administrativa y de los *actos de gestión*, análogos a los de los particulares, de los que el juez judicial conoce, salvo texto en contrario. Ella explica, igualmente, la competencia de principio que se reconoce para sí el juez judicial en lo que concierne a las *colectividades descentralizadas*, colectividades no soberanas, asimiladas por él a las personas de derecho privado.

3º La *sentencia Blanco* (T.C., 8 de febrero de 1873, *Gr. Ar.*, p. 5),[31] a menudo presentada erróneamente como una etapa decisiva en relación con el estado anterior del derecho, esta sentencia aporta, sin embargo, dos elementos interesantes: el abandono definitivo del criterio extraído de la regla del Estado deudor, y la afirmación muy clara del vínculo entre la competencia administra-

[30] Koechlin: *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, tesis. París, 1950. *Addé*, los desarrollos destinados al problema antes y después de la sentencia *Blanco*, por M., Chapus: *Responsabilité publique et responsabilité privèe*, tesis, París, 1954.

[31] Luchet: L'arrêt *Blanco*, tesis, París, 1935: Sobre el verdadero alcance de la sentencia *Blanco*, *cf.*, Chapus, *op. cit.*, y J. Rivero: "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", *Mél., Mestre*, p. 46.

tiva y la aplicación de las reglas derogatorias del derecho común, que es el principal aporte de la sentencia. Se ha creído percibir en ella, igualmente, la afirmación de un fundamento nuevo para la competencia administrativa, extraído de la noción de servicio público; en realidad, es mucho más tarde que se interpretará en este sentido la alusión hecha por la *sentencia Blanco* al servicio público. Por el contrario, el período que sigue a la *sentencia Blanco* es dominado, por la sistematización, de Laferriere, en ese entonces vicepresidente del Consejo de Estado, de la distinción de los actos de autoridad y de los actos de gestión, de los cuales los tribunales judiciales se inspiran por cierto, más frecuentemente que los tribunales administrativos.

159. — B. **El criterio del servicio público.** 1º *El principio.* Sabiendo ya que la competencia administrativa se vincula con la aplicación del derecho administrativo, quedaba por determinar algún signo menos incierto que la distinción de los actos de autoridad y de gestión, por el cual el demandante pudiera reconocer que el derecho administrativo se aplicaba a su litigio.

Este signo fue encontrado por la jurisprudencia, bajo la influencia de Hauriou,[32] en parte, en el hecho de que el litigio se vinculaba al funcionamiento de un *servicio público*. Partiendo de la idea, exacta en el marco del Estado liberal, de que la acción administrativa se diferencia de la de los particulares, por la existencia y la actividad de los servicios públicos, que persiguen la satisfacción del interés general según procedimientos derogatorios del derecho común, un cierto número de sentencias de gran importancia vinieron a ligar competencia administrativa y servicio público. El comisario del gobierno, Romieu, en el caso *Terrier* (C.E., 6 de febrero de 1903, *Gr. Ar.*, p. 53; conclusiones de Romieu en el *Rec.*, p. 94), formula así el nuevo principio: *Todo lo concerniente a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, sea que la administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza de la competencia administrativa.* El principio es adoptado por el Tribunal de Conflictos (29 de febrero de 1908, *Feutry, Gr. Ar.*, p. 80); [33] permi-

[32] J. Rivero, *op. cit., Mél., Mestre,* p. 461.

[33] Es con ocasión a esta sentencia que el comisario del gobierno Teissier (Concl., en el *Rec.*, p. 208) vincula a la sentencia *Blanco* el nuevo criterio de servicio público.

te vincular a la competencia administrativa el contencioso de las colectividades locales, departamentos (*Terrier*, precitado y *Feutry*), y comunas (T.C., 13 de abril de 1908, de *Fonscolombet, Rec.*, p. 448), que administran igual que el Estado, servicios públicos; se aplica al contencioso de la responsabilidad (*Feutry*) y al contencioso de los contratos (C.E., 4 de marzo de 1910, *Thérond, Gr. Ar.*, p. 93).

2º *La excepción.* El servicio público es el signo de la aplicación de las "reglas propias" que fundamentan la competencia administrativa; pero no un signo infalible. Puede suceder que la administración en la gestión de sus servicios, haya querido "mantenerse exclusivamente sobre el terreno de las relaciones de particular a particular, en las condiciones del derecho privado" (Romieu, conclusiones del caso *Terrier*); esto sucede en dos casos: sea "en razón de la naturaleza del servicio que está en causa" (gestión del dominio privado), sea "en razón del acto que se trata de apreciar" para el que la administración ha escogido el procedimiento de derecho privado. En esta hipótesis, hay *gestión privada de los servicios públicos;* la competencia judicial se deriva naturalmente de la aplicación del derecho privado.

3º *El desarrollo del criterio del servicio público.* El nuevo criterio fue bien acogido por la mayor parte de la doctrina. La "Escuela del servicio público" (Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland) creyó poder explicar todas las particularidades del derecho administrativo por las necesidades del servicio público; sin embargo, cometió el error de no prestar atención suficiente a la excepción que acompañaba al principio, es decir, la gestión privada de los servicios públicos, otorgando así al principio un alcance más amplio que el que daba la jurisprudencia.

Esta por su lado, le permanecía fiel, al menos en las fórmulas.[84] Después de un corto período de vacilación ha reafirmado, en importantes sentencias,[85] que la noción de servicio público con-

[84] *Cf.* Sobre todo, después del momento de vacilación que marcó la sentencia *Dame Mélinette* (T.C., 11 de julio de 1933, *Gr. Ar.*, p. 222), la reafirmación clara aportada por la sentencia *Verbanck* (T.C., 27 de noviembre de 1933, *D.*, 1934, III, 9).

[85] Los principales son: 20 de abril de 1956, *Epoux Bertin, Gr. Ar*, p. 440, concl., Long y nota Waline: *R.D.P.*, 1956, p. 869, C.E., mismo día, Consorts de Grimoürd, *Gr. Ar.*, p. 440, concl. Long. nota P.L.J.D., 1956, p. 429, C.E., 12 de abril de 1957; Mimouni *D.*, 1957, p. 413, concl. Tricot, nota P.L.J.; C.E., 19 de octubre de 1956 *Soc. Le Béton, Gr. Ar.*, p. 459, concl. Long, *D.*, 1956, p. 681.

serva su rol de criterio de la competencia administrativa; pero estas afirmaciones no corresponden sino de manera parcial a la realidad. Por otra parte, hay que destacar que los defensores más recientes y más calificados de la noción de servicio público no sitúan más sobre el terreno de la competencia lo esencial de su argumentación (*cf.*, R. Latournerie, "Sur un Lazare juridique", *E.D.C.E.*, Nº 14, pp. 61 ss; Chapus, "Service public et puissance publique", *R.D.P.*. 1968, p. 235).

160. — C. La crisis del criterio del servicio público.[36] Desde su origen, este criterio que se presentaba como general, tenía una objeción: no se aplicaba, en efecto, al contencioso de anulación, en el que la cualidad de *autoridad administrativa* del autor del acto es la que decidía sola la competencia, no juzgando la noción de servicio público sino un rol secundario, y esto, recientemente (*supra*, Nº 93).

Pero la transformación del rol y de los procedimientos de acción del Estado ha conducido a poner en duda el valor del criterio; la crisis se manifiesta por tres vías:

161. — 1º El desarrollo de la gestión privada. Las hipótesis de gestión privada, excepcionales en el momento de la sentencia *Terrier*, han adquirido una extensión considerable. Por una parte, los servicios públicos tradicionales acuden frecuentemente a los *contratos de derecho privado*, lo que amplía el campo de la competencia judicial (C.E., 31 de julio de 1912, *Ste des Granits prophyroides des Vosges, Gr. Ar.*, p. 111). Por otra parte, y sobre todo, el abandono progresivo del liberalismo económico ha multiplicado los *servicios públicos de carácter industrial y comercial*, que funcionan en las mismas condiciones que las empresas privadas similares, bajo un régimen de derecho privado en lo esencial y que

---

[36] Bibliografía muy abundante. Visión general: J-L. De Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, tesis, Toulouse 1954. *Adde*: Morange: "Le déclin de la notion de service public", *D.* 1974, Chr., p. 45; Waline: *Préface au juris-classeur-Administratif;* Chenot: "La notion de service public dans la jurisprudence économique du C.E.", *E.D.C.E.*, Nº 4, p. 77; J-M, Auby: "Quelques difficultés du droit administratif français", Annales, Fac. Dr. Bordeaux, 1951, Rivero, "Existe t-il un critère du droit administratif?", *R.D.P.*, 1953, p. 279; Vedel: "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *E.D.C.E.*, Nº 8, p. 21; Latournerie: "Sur un lazare juridique", *E.D.C.E.*, Nº 14, p. 62.

la jurisprudencia somete a la competencia judicial[37] (T.C., 22 de de enero de 1921, *Ste Commerciale de l'Ouest africain*, caso llamado del *Bac d' Eloka, Gr. Ar.*, p. 163). De este doble movimiento resulta que la vinculación de un litigio con el servicio público no basta para decidir el problema de la competencia; la naturaleza del servicio —administrativo o económico—, el régimen del acto, son los decisivos.

El Tribunal de Conflictos, en un momento, pareció querer extender la solución aplicada a los servicios industriales y comerciales, a los *servicios sociales*, y someterlos en principio a la competencia judicial, al menos cuando no presentaran ninguna particularidad que los distinguiera de los organismos privados similares (22 de enero de 1955, *Naliato, D.*. 1956, p. 58). Pero la jurisprudencia ulterior no ha confirmado esta orientación (C.E., 17 de abril de 1964, *Cne. d'Arcueil, A.J.D.A.*, 1964, p. 305; T. C., 2 de abril de 1973, *Prefet de Paris, D.*, 1973, *J.* p. 768, nota de Moderne), y la noción de servicio público social, si ella conlleva algunas particularidades, no parece llamada a jugar un rol comparable con la de servicio industrial y comercial en la determinación de las competencias.[38]

162. — 2º **Incertidumbre sobre la definición del servicio público.** La noción de servicio público se ha desvanecido. En la práctica más frecuente del Estado liberal, tres elementos se encontraban reunidos en el servicio público: un organismo administrativo, una actividad de interés general y un régimen jurídico derogatorio del derecho común. Ahora bien, estos tres elementos se han ido disociando: es frecuente hoy en día que una actividad de interés general (servicio público en sentido funcional, o también *misión de servicio público*) sea ejercido por un organismo de derecho privado, bajo un régimen que mezcla el derecho privado y el derecho público, o también (el caso de los servicios económicos) que un organismo público (servicio público en sentido orgánico)

---

[37] Chavanon: *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel ou commercial*, tesis. Bordeaux. 1939; Charlier: "La notion juridique de service public industriel ou commercial", *J.C.P.*, 1945. I., Nº 1.210; "Le régime complexe des services industriels ou commerciaux". *J.C.P.*, 1955, I, Nº 1.220; G. W.: "La compétence du Conseil d'État en matière de services économiques", *D.S.*, 1948, p. 313; J. Lemasurier: "A propos du service des P. et T.", *A.J.*, 1969, p. 139.

[38] A. de Laubadère: "La notion et le régime juridique des services publics sociaux", *D.S.*, 1959, p. 494, M. Waline: *R.D.P.*, 1974, p. 251.

se encuentre ubicado en principio bajo un régimen de derecho privado. En estas condiciones, ha resultado muy difícil, y muy arbitrario, decir lo que es o no es servicio público; la respuesta varía según que uno se ubique desde el punto de vista de la naturaleza del órgano, o desde el punto de vista de su misión, o también desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable.

Este último punto de vista es hoy en día predominante en la jurisprudencia para la determinación de la competencia; es èl hecho de que una actividad esté sometida a un régimen de servicio público, es decir, a ciertas reglas derogatorias del derecho común, lo que vincula su contencioso a la competencia administrativa. Pero así entendida, la noción de servicio público pierde el rol de signo concreto de la aplicación del derecho administrativo, lo que había constituido su gran valor; lejos de ahorrar al demandante el difícil análisis del régimen aplicable a su litigio, la noción surge como conclusión de este análisis, lo que la hace inútil.

163. — 3º **Las vacilaciones de la jurisprudencia.** Se han señalado ya las sentencias que tienden a restaurar en su función de criterio de competencia, la noción de servicio público.[39]

Pero, por una parte, algunos de los comentadores más autorizados de esta jurisprudencia, y de los más respetuosos del pensamiento del Consejo de Estado, no disimulan la incertidumbre que pesa sobre la noción,[40] que no han disipado los esfuerzos jurisprudenciales que trataron de precisarla (C.E., 28 de junio de 1963, *Narcy, R.D.P.*, 1963, p. 1.188), de los cuales constituye un ejemplo, el reconocimiento reciente de carácter de servicio público, a la organización de las competencias por las federaciones deportivas (C.E., 22 de noviembre de 1974, *J.C.P.*, 1975, I, Nº 2.724). En la medida en que estas tentativas hacen intervenir, entre las características esenciales del servicio público, "la existencia de prerrogativas de potestad pública",[41] privan a la nación de una gran parte de su propio valor.

Por otra parte, la jurisprudencia deja lugar a menudo a otras fórmulas, reflejando tendencias diferentes. Algunas sentencias se fundamentan en la *naturaleza pública o privada de las relaciones*

39 *Supra*, p. 167, nota 3.
40 *Cf.*, Odent.: *Contentieux administratif*, II, p. 366 y s.
41 *Odent*, *op. cit.*, p. 370.

jurídicas que constituyen el objeto de litigio[42] (C. E., 23 de enero de 1953, *Audouin, J.C.P.*, 1954, II, Nº 7.916, nota de Vedel; *cf.*, también *supra*, Nº 111, para las relaciones contractuales de los servicios industriales y comerciales con sus usuarios). Pero una sentencia reciente parece debilitar esta tendencia, al estatuir sobre una decisión relativa a una situación de derecho privado, por el motivo de que emanaba de una autoridad administrativa que ejercía una misión de servicio público administrativo (C.E., 13 de julio de 1967, *Allegretto, A. J.*, 1967, p. 538). Otras sentencias se refieren a la *naturaleza de las reglas aplicables* (T.C., 26 de mayo de 1954, *Moritz, J.C.P.*, 1954, II, Nº 8.334, nota de Vedel). Se ha defendido, igualmente, ante el Consejo de Estado, la política pragmática llamada de los *bloques de competencia* (conclusiones de Mosset, en C.E., 5 de febrero de 1954, *El Hamidia, Gr. Ar.*, p. 422, *J.C.P.*, 1954, II, Nº 8.136), la cual, en una loable preocupación por simplificar, trató, sin llegar a lograrlo, de unificar todo el contencioso de una misma materia en beneficio de uno de los dos órdenes (por ejemplo: el contencioso de la Seguridad social para los tribunales judiciales). Finalmente, la *potestad pública*, considerada una veces aisladamente (T. C., 10 de julio de 1965, *Sté. Bourgogne-Bois, Rec.*, p. 586; C. E., 24 de junio de 1960, *Dubonnet, D.*, 1960, p. 631; C.E., 15 de febrero de 1961, *Werquin, D.*, 1961, p. 611),[43] y otras veces en relación con la noción de servicio público (C.E., 13 de octubre de 1978, A.D.A.S.E.A., *du Rhône*, T. C., 6 de noviembre de 1978, *Bernardi, A. J.*, 1979, Nº 1, p. 35), es a menudo destacada como criterio de competencia.

4º Al término de esta evolución, la noción de servicio público no parece jugar otro rol que el de una *simple presunción de competencia*, por cierto inversa, según que se trate de servicios públicos administrativos (competencia administrativa) o de servicios industriales y comerciales (competencia judicial), y siempre susceptible de caer si el examen del acto litigioso revela, sea que el servicio administrativo haya recurrido a un procedimiento de derecho común (competencia judicial), sea que el servicio industrial y comercial haya actuado en el marco del derecho adminis-

[42] Moderne: *La notion de "rapports de droit privé" comme critère de compétence judiciaire, A.J.D.A.*, 1970, p. 523.

[43] Para una crítica de esta noción: Venezia: "Puissance publique, puissance privée", *Mél., Eisenmann*, 1975, p. 363.

trativo (competencia administrativa). Un buen ejemplo de la utilización de la noción de servicio público como presunción se encuentra en la sentencia del Consejo de Estado del 13 de enero de de 1961, *Magnier* (*R.D.P.*, 1961, p. 155, conclusiones de Fournier): habiendo establecido que la actividad en causa tenía el carácter de un servicio público administrativo, la sentencia no se considera dispensada, por lo tanto de proceder, antes de resolver la cuestión de competencia, a realizar el análisis del acto litigioso: es su carácter de "decisión unilateral que se impone a los interesados", o según el comisario del Gobierno, de acto que manifiesta "prerrogativas de la potestad pública", lo que hace que un acto administrativo dependa de la competencia administrativa; la actitud del juez es análoga en las sentencias *Borguet* (T.C., 20 de noviembre de 1961, *D.*, 1962, p. 389, a propósito de un centro anticanceroso) y *Chevassier* (C.E., 4 de abril de 1962, *D.*, 1962, p. 327).[44]

Una parte de la doctrina se separa, pues, de un criterio que, si bien es afirmado por la jurisprudencia, no rinde cuenta sino imperfectamente de las soluciones que ella misma consagra.[45] Estas soluciones son además complejas e inciertas. El esquema que se va a presentar, igual que las sistematizaciones propuestas por los autores, no puede remediar el mayor defecto del sistema francés que consiste hoy en día en la duda del demandante en cuanto a la escogencia de su juez.

§ 2. El criterio principal: las reglas en vigor

164. — A. La directriz general: la competencia sigue al fondo. El principio fundamental de la delimitación de competencias no ha cambiado desde la sentencia *Blanco*: consiste en repartir entre el juez judicial y el juez administrativo los litigios ori-

[44] En el mismo sentido, la reciente sentencia *Fédération des industries du sport*, precitado *supra*, p. 170, establece sucesivamente, para concluir en el carácter administrativo de la decisión atacada, que las federaciones deportivas, como personas morales de derecho privado "ejecutan un servicio público administrativo" y que hacen uso de "prerrogativas de poder público", las dos nociones están estrechamente asociadas.

[45] *Cf.*, a saber, las tomas de posición de M. M. Waline (*Dr. Adm.*, 9ª edic., Nº 110 al 116). Eisenmann (A saber, bajo T.C., 22 de enero de 1955, *Naliato*, *D.*, 1956, p. 58); Vedel (*Dr. Adm.*, p. 75 y s.). En sentido contrario, el criterio de servicio público es particularmente defendido por M. M. Laubadère (*Dr. Adm.*, T. I, 8ª edic., Nº 750 y s.), Lhuillier (Chr., en *D.*, 1955, p. 119 y 1957, p. 91) y Bénoit (*Le droit administratif français*, 1968).

ginados por la acción administrativa, según que conduzca a la aplicación de reglas del derecho privado o las del derecho administrativo. Se relaciona con la distinción de la *gestión pública* y de la *gestión privada*; es la *naturaleza de las reglas a aplicar al fondo lo que determina la competencia.*[46]

Este principio admite pocas excepciones. Ocurre cuando el juez administrativo, con ocasión de un litigio, da aplicación a ciertas reglas de derecho privado. Es el caso, principalmente, cuando interpuesto un recurso contra un acto que resuelve una cuestión de derecho civil o comercial, o contra una decisión relacionada con el derecho del trabajo, el juez debe verificar su legalidad en relación con los principios que rigen esas disciplinas.[47] Inversamente, el juez judicial a veces debe aplicar el derecho administrativo. Pero estas hipótesis menos excepcionales de lo que se ha creído durante largo tiempo,[48] son demasiado raras para invalidar la regla.

Ella presenta la ventaja de dar, a la distinción de los dos órdenes de jurisdicción, una justificación práctica, fundada en la idea de división del trabajo, fuera de la cual, esta dualidad estaría desprovista de todo fundamento serio. Su solo inconveniente se debe a la incertidumbre que afecta la distinción del derecho privado y del derecho público, al menos en los casos límites.[49]

Pero la aplicación de esta directriz general requiere de utilización de métodos diferentes, según que el litigio se vincule con un *acto jurídico*, con una *operación material*, o con una *cosa*. Es sobre la base de esta distinción que se puede tratar de esquematizar las reglas en vigor.

165. — B. Litigios relativos a los actos jurídicos de la administración. El hecho mismo que la administración adopte un acto jurídico, es decir, haya querido producir un efecto de dere-

[46] Eisenmann: "Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français". *Mélanges, Mauri*, 1960, II, p. 379; Waline· *R.D.P.*, 1961, p. 8.

[47] *Cf.*, sobre este problema: J. Rivero: "Le juge administratif: gardien de la légalité administrative, ou gardien administratif de la légalité?". *Mélanges, Waline*, 1974, T. II, p. 701.

[48] Para un ejemplo típico, *cf.*, Tribunal Cívico de la Seine, 5 de diciembre de 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7.371, nota Vedel, confirmada por Casación Civil, 23 de noviembre de 1956, *Giry, Gr. Ar.*, p. 467.

[49] J. Waline: *L'application du droit privé por le juge administratif*, th., París, 1962; Goyard: *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, 1962; J. Tercinet: *Les tribunaux judiciaires, juges de l'action administrative*, 1976.

cho, implica que ella escogió el marco jurídico de su acto: el efecto que ella busca se sitúa necesariamente sea sobre el terreno del derecho público, sea sobre el derecho privado. Sobre esta base, el *examen del acto* basta para decidir la vinculación del litigio con una u otra competencia. El método se aplica a las decisiones ejecutorias y a los contratos.

166. — 1º El contencioso de las decisiones ejecutorias. Se trata aquí, por una parte, de los recursos de anulación, esencialmente del recurso por exceso de poder, por otra parte, de los recursos que tienden a la reparación de los daños causados por una decisión individual (por ejemplo: destitución injustificada de un funcionario) o reglamentaria.

En este caso:

a) La consideración determinante es de orden *formal*: es la *cualidad del autor del acto;* en principio, sólo las autoridades administrativas pueden utilizar el procedimiento de la decisión ejecutoria, que constituye por sí mismo una prerrogativa derogatoria del derecho común. *Todos los litigios relativos a una decisión unilateral, de una autoridad administrativa dependen, en principio,* de la competencia administrativa. Sin embargo el principio comporta dos tipos de restricciones;

b) Puede suceder que una autoridad administrativa tome una decisión unilateral:

- sea en el ejercicio excepcional de una competencia vinculada con la actividad *judicial*: es el caso del prefecto cuando actúa en calidad de oficial de la policía judicial (*infra,* Nº 368);

- sea para la gestión del *dominio privado,* normalmente sometido al derecho privado;

- sea para regular una *situación individual que depende del derecho privado*: es el caso principalmente en materia de seguridad social y de subsidios familiares: las cualidades de asegurado social, de subsidiado, son consideradas como situaciones de derecho privado (C.E., 5 de febrero de 1954, *El Hamidia,* precitado y la jurisprudencia citada, *Gr. Ar.,* p. 422. *Cf.,* sin embargo, C. E., 13 de julio de 1967, *Allegretto,* precitado, Nº 163).

En todos estos casos, la directriz, "la competencia sigue al fondo", conduce a reconocer, a pesar de la cualidad del autor del acto, la competencia judicial, al menos en lo que concierne a las decisiones individuales. Para los reglamentos, incluso relativos a la gestión del dominio privado o a "situaciones de derecho privado", la competencia administrativa prevalece.

c) A la inversa, una decisión ejecutoria puede emanar de un órgano que no posee el carácter de autoridad administrativa: es el caso de los *organismos profesionales,* de los órganos directores de sociedades privadas que administran un servicio público (T.C., 15 de enero de 1968, *Air-France c. Epoux Barbier, R.D.P.*, 1968, p. 393), de las federaciones deportivas (*supra,* Nº 163). El juez hace entonces aplicación del criterio material del servicio público completado a menudo por la noción de prerrogativas de potestad pública (*supra,* Nº 163): el acto litigioso depende de la competencia administrativa cuando tiene por objeto la ejecución del servicio que tiene a su cargo el organismo que lo adopta y que pone en marcha las prerrogativas que le han sido conferidas.

167. — 2º El contencioso de los contratos. La competencia es administrativa o judicial, según que el litigio tenga por objeto un contrato administrativo o un contrato privado. La distinción, analizada (*supra,* Nº 110 y s.) hace intervenir las nociones de *participación en la ejecución del servicio,* y de *cláusula exhorbitante del derecho común.*

168. — C. **Litigios relativos a las actividades materiales de la administración.** Se trata principalmente del contencioso de la responsabilidad de la administración por daños causados por sus actividades. Contrariamente a los actos, esas actividades no llevan en sí mismas el signo de su régimen jurídico: la pérdida de un expediente, un disparo torpe, son hechos brutos. Para determinar la competencia en los litigios que se originan de esas actividades hace falta examinarlos en su contexto jurídico. Los elementos determinantes son los siguientes:

1º La operación se vincula con un *servicio industrial y comercial*: la competencia es en este caso, judicial, la actividad de estos servicios está sometida en principio, al derecho privado (T.C., 22

de enero de 1921, precitado, caso llamado *del Bac d'Eloka, Gr. Ar.*, p. 149; C. E., 21 de abril de 1962, *Dome Agnesi, D.*, 1962, p. 535).

2º La operación se vincula con un *servicio social*: la competencia puede ser judicial (T.C., 22 de enero de 1965, *Naliato, D.*, 1956, p. 58) si el servicio es administrado en las mismas condiciones que en los organismos privados similares; en la práctica (*supra*, Nº 161) esta analogía permanece relativamente excepcional (*cf*. por ejemplo: C.E., 17 de abril de 1964, *Cne. d'Arcueil, A. J.*, 1964, p. 305).

3º La operación se vincula con un *servicio público administrativo*: la competencia es en principio, administrativa.

169. — D. **Litigios ocasionados por cosas utilizadas por la administración.** Se trata aquí de acciones de reparación de daños imputables a objetos materiales, muebles o inmuebles. La competencia resulta aquí, también, de los elementos que determinan el régimen jurídico de la cosa: *la naturaleza del servicio* que la utiliza, por una parte, la pertenencia al *dominio público* o al *dominio privado*, por otra parte, son los elementos a tomar en consideración.

§ 3. Reglas de delimitación ajenas al criterio principal: la teoría de las materias reservadas a la competencia judicial

170. — **Orígenes.** A comienzos del siglo XIX, es decir, en una época en que la jurisdicción administrativa no ofrecía todavía las mismas garantías que la jurisdicción judicial, un cierto número de textos vinieron a atribuir competencia a ésta sobre cuestiones que presentaban para la seguridad jurídica de los particulares una importancia primordial: *el estado de las personas, los atentados contra la libertad individual, los atentados contra la propiedad privada*. De estos textos, la jurisprudencia ha deducido un principio general: "la salvaguarda de la libertad individual y la protección de la propiedad privada entran esencialmente dentro de las atribuciones de la autoridad judicial" (T.C., 18 de diciembre de 1947, *Hilaire, J.C.P.*, 1948, II, Nº 4.087). Este principio, del que el artículo 66 de la Constitución de 1958, ha hecho en lo que respecta la libertad individual, una regla constitucional,

exige una interpretación amplia de los textos que han tratado la materia. Inspira, además, dos teorías que consagran, sin textos, la competencia judicial: la teoría de la ocupación (*emprise*) y la de la vía de hecho.

171. — A. **Competencia judicial derivada de textos.** 1º *El estado de las personas,* base jurídica de la personalidad, depende en principio, solamente de la competencia judicial. La regla se aplica a todas los asuntos que conciernen el estado civil (filiación, matrimonio, nombre), la capacidad, la nacionalidad; se vincula también con la cualidad de elector. No hay excepciones sino en lo que concierne a los decretos de naturalización, y aquellos que autorizan los cambios de nombre, que dependen del juez administrativo.

2º *Las violaciones de la libertad individual y las violaciones del domicilio.* Sobre este punto, la ley del 7 de febrero de 1933, planteaba el principio de la competencia exclusiva del juez judicial, sancionado por la prohibición de plantear el conflicto. Pero la jurisprudencia limitó muy estrechamente el alcance de esta disposición. (C.E., 7 de noviembre de 1947, *Alexis et Wolff,* nota de Eisenmann en el *D.,* 1948, p. 472; T. C., 27 de marzo de 1952, *Dame de lo Murette, Gr., Ar.,* p. 386, nota de Eisenmann en el *D.,* 1954, p. 291). En virtud de lo cual fue retomada y precisada en 1957 por el artículo 136 del Código de Procedimiento Penal. El Tribunal de Conflictos (16 de noviembre de 1965, *Clément, D.,* 1965, p. 668), a pesar de esta reforma, reintrodujo la competencia administrativa en este campo, reservándole la apreciación de la legalidad de las decisiones individuales cuestionadas en la instancia judicial, según las reglas que serán expuestas *infra,* Nº 182 y 183.

3º *Los atentados contra la propiedad privada.* Los textos que organizan los procedimientos por los que la administración puede constreñir a los particulares a cederle la propiedad o el uso de sus bienes (expropiación, requisición) atribuyen competencia a la autoridad judicial para la fijación de la indemnización debida a los propietarios desposeídos, e incluso, en materia de expropiación para operar la transferencia de la propiedad.

172. — B. Competencia judicial en caso de vía de hecho. **1º La noción de vía de hecho.**[50] La teoría de la vía de hecho es obra de la jurisprudencia. Ella ha tomado una importancia práctica que algunos tratan de minimizar,[51] pero que permanece apreciable.

La administración en el ejercicio de sus prerrogativas, puede provocar un grave atentado a las libertades y a las propiedades; los particulares disponen, en este caso, de recursos de anulación y de indemnización ante el juez administrativo. Pero más allá de un cierto grado en la irregularidad, la administración es considerada como apartada del cumplimiento de su función. Su actuación no aparece más como el ejercicio irregular de una de sus atribuciones, sino como un puro hecho material, desprovisto de toda justificación jurídica. Ella no puede entonces prevalerse del principio de separación y de la competencia administrativa: el acto ha perdido todo carácter administrativo, está *desnaturalizado;* es al juez judicial a quien corresponde, por consiguiente, asegurar la protección al particular.

173. — 2º Los elementos de la vía de hecho. Para que ello sea así, tres elementos deben estar reunidos:

a) Una *operación material.* La existencia de una decisión no basta para constituir una vía de hecho; hace falta que la administración haya pasado a la ejecución, o que al menos lo amenace; la vía de hecho se vincula en este sentido con la protección de los particulares contra las prerrogativas de la administración en materia de ejecución o de acción de oficio (*supra,* Nº 100).

b) Un *atentado* causado por esta operación a la *propiedad,* inmobiliaria o mobiliaria, o a una *libertad* fundamental. En este aspecto la teoría se vincula con el principio que reserva al poder judicial la protección de las propiedades y de los derechos fundamentales. Esta condición ha sido formalmente destacada por el

---

[50] E. Desgranges, *Essai sur la notion de voie de fait, tesis,* Poitiers 1937; Dufau: *La voie de fait,* tesis, París, 1951; nota Weil, *D.*, 1961, p. 612; Bockel: "La voie de fait: mort et résurrection d'une notion discutable", *D.*, 1970, Chr., p. 29.

[51] En este sentido Leclercq: "Le déclin de la voie de fait", *R.D.P.*, 1963, p. 657. En sentido opuesto, Auby: nota bajo T.C., 25 de noviembre de 1962, 2 sentencias, *Cne de Saint Just-chaleyssin, Époux Pelé, J.C.P.*, 1964, II, 13.493.

Consejo de Estado en una sentencia del 8 de abril de 1961, *Klein, D.,* 1961, p. 587.

c) Un *vicio jurídico suficientemente grave como para desnaturalizar la operación*; una simple ilegalidad no basta para hacerle perder a la operación su carácter administrativo. En la práctica, la irregularidad puede radicar, sea en la decisión ejecutada, sea en la operación misma de la ejecución: la vía de hecho resulta, o bien, de la ejecución de una decisión manifiestamente irregular, o bien de la ejecución manifiestamente irregular de una decisión.

En el primer caso, la decisión debe ser *manifiestamente insusceptible de vincularse con la aplicación de un texto legislativo o reglamentario* (T.C., 11 de febrero de 1947, *Perrin, D.,* 1947, J. 134), o según otra fórmula, "al ejercicio de un poder perteneciente a la administración (C.E., 18 de noviembre de 1949, *Carlier, Rec.,* p. 490, que ofrece el interés de presentar dos ejemplos de medidas irregulares, una simplemente ilegal, la otra constitutiva de vía de hecho).

En segundo caso se vincula con la teoría de la *ejecución forzosa;* la administración no puede ejecutar por la fuerza sino en condiciones precisas (*supra,* Nº 100). Cuando ella no respeta estas condiciones, hay vía de hecho, incluso, si la decisión que sirve de base a la operación es regular (*Cf.,* las dos sentencias recientes del T.C., precitadas, *supra,* p. 177, nota 2). En esta perspectiva la vía de hecho puede resultar, sea de la ausencia total de decisión antecedente, o por la existencia de una sanción penal o administrativa que la administración ha omitido de aplicar, o de la desproporción entre la medida adoptada y el objetivo buscado (T.C., 8 de abril de 1935, *Action Française, Gr. Ar.,* p. 230, conclusiones de Josse en el *Rec.,* p. 1.226), o por la ausencia de urgencia. Estos diversos tipos de irregularidades deben ser *manifiestos*: cuando exista dudas sobre su existencia o su alcance, la competencia administrativa reaparece.

Aunque todos estos elementos estén dados, la existencia de *circunstancias excepcionales* puede reducir la vía de hecho a una simple ilegalidad dependiente de la competencia administrativa (jurisprudencia *dame de la Murette,* precitada, Nº 171).

174. — 3° **La sanción de la vía de hecho.**[52] La desnaturalización de la operación coloca a sus autores en la situación de simples particulares. Esto tiene un triple efecto, que la evolución reciente, sin embargo, tiende a atenuar.

a) El juez judicial es el único competente para constatar la vía de hecho y para reparar las consecuencias de daños.

b) El dispone para ello de la plenitud de su poder jurisdiccional: él puede, no solamente ordenar la indemnización de la víctima, sino además la cesación del problema (expulsión, restitución, demolición, etc.), y ello bajo fuerza.

c) En fin, el derecho civil se aplica a todos los aspectos del litigio: la víctima puede dirigir su acción, bien sea contra la administración comitente, o bien contra el agente que ha actuado personalmente, sin referencia a la distinción, propia del derecho administrativo, de faltas de servicio y faltas personales.

d) Aunque parezca muy protector el régimen así elaborado, ofrece a la víctima un inconveniente: si ella se equivoca sobre la competencia, y recurre al juez administrativo, la reparación a la que tiene derecho, se retardaría. Es por ello que se ha admitido que cuando la vía de hecho resulte de un acto inexistente (*supra*, N° 105), el juez administrativo recurrido, tiene cualidad, al igual que el juez judicial, para constatar esta inexistencia (T.C., 27 de junio de 1966, *Guigan, A. J.*, p. 547).[53] El Consejo de Estado se ha reconocido competente, incluso, para reparar las consecuencias de un embargo irregular de un periódico que parecía presentar todos los caracteres de la vía de hecho (4 de noviembre de 1966, *Ministre de L'Intérieur, A. J.*, 1967, p. 40). Esta jurisprudencia puede conducir, bien a un paralelismo de las competencias administrativa y judicial, estando el tribunal que escoja la víctima habilitado siempre para decidir, bien a un abandono progresivo de la competencia judicial en provecho del juez administrativo (en este sentido, *cf.*, las conclusiones de Fournier, C.E., 9 de julio de 1965, *Voskresensky, A. J.*, 1965, N° 603). Este abandono parece, sin embargo, poco probable: a pesar de las críticas muy vivas que

[52] G. Vedel: "La juridiction compétence pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait", *J.C.P.*, 1950, I, N° 851.

[53] Lemire: "Inexistence et voie de fait", *R.D.P.*, 1978, p. 1.219.

había suscitado la teoría de la vía de hecho, el Tribunal de Conflictos (30 de junio de 1969, *Sté des Praillons, A.J.D.A.*, 1969, p. 699) y el Consejo de Estado (10 de octubre de 1969, *Muselier, ibid.*) continúan haciendo aplicación de ella, y la jurisprudencia reciente confirma esta actitud.[64]

175. — C. **Competencia judicial en caso de ocupación irregular.**[65] Por *ocupación* (*emprise*) se entiende toda toma de posesión por la administración, a título provisional, o definitivo, de una propiedad inmobiliaria privada. La ocupación es *regular* si la toma de posesión resulta de un procedimiento legal (expropiación, requisición); en estos casos, los textos dan generalmente competencia a los tribunales judiciales para fijar el valor de la indemnización, pero en ausencia de textos, la indemnización depende de la competencia administrativa (C.E., 15 de febrero de 1961, *Werquien, D.*, 1961, p. 611), por falta de un atentado ilegal a la propiedad. La ocupación es *irregular* si ella no se basa en un título legal; en este caso, la indemnización depende en principio, e incluso en ausencia de texto, del juez judicial, en su cualidad de "guardián de la propiedad".

1º *Elementos de la ocupación irregular*

- La ocupación, por sí misma, supone de parte de la administración una *toma de posesión de un inmueble*: una simple perturbación del goce sin desposeimiento no constituye ocupación; la teoría no se extiende a los atentados de la propiedad mobiliaria.

- La ocupación es irregular cuando el título en que se basa está viciado de una *ilegalidad*; no es necesario que esta ilegalidad presente la gravedad exigida en la teoría de la vía de hecho.

2º *Consecuencias de la ocupación irregular.* Desde el punto de vista de la competencia, la diferencia entre ocupación irregular

[64] T.C., 26 de noviembre de 1973, *Cne de Rueil Malmaison, A.J.D.,A.*, 1974, p. 314, C.E.; 20 de noviembre de 1974, *Dme Manrotle Goarnic, A.J.D.A.*, 1975, p. 185.

[65] Delbez: *La compétence contentieuse en matière d'emprises administratives*, tesis, Montpellier. 1926, Couzinet, *La réparation des atteintes à la proprieté inmobilière par les groupement administratif*, tesis, París, 1926; Devolvé: "Une crise du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires", *E.D.C.E.*, Nº 4. p. 21, nota Weil, *D.*, 1961, p. 612.

y ocupación regular reside en el hecho que el juez judicial ejerce sin texto, en el primer caso la competencia que los textos le acuerdan generalmente en el segundo; es decir, la fijación de la indemnización destinada a reparar el conjunto de consecuencias de daños de la desposesión. Su poder no va más allá: todos los aspectos del litigio, aparte de la fijación de la indemnización dependen del derecho común de la separación de poderes. En consecuencia, el juez judicial no puede apreciar por sí mismo, en caso de demanda, la legalidad del acto que fundamenta la ocupación; la cuestión debe ser decidida por el juez administrativo. El no puede tampoco hacer cesar la ocupación por vía de mandatos, sino solamente condenar a la administración a una indemnización.

176. — D. **Vía de hecho y ocupación irregular.**[58] El Tribunal de Conflictos ha precisado la distinción en dos sentencias, del 17 de marzo de 1949, *Sté de l'Hotel du Vieux Beffroi et Sté Rivoli-Sébastopol* (*Gr. Ar.*, p. 317; conclusiones de Delvolvé en el *D.*, 1949, p. 209).

a) Las dos nociones son *distintas*

- por su *campo de aplicación*: la ocupación no concierne sino a la propiedad inmobiliaria, la vía de hecho se refiere a todos los tipos de propiedad, y a las libertades fundamentales;

- por el *grado de ilegalidad* que ellos requieren, ilegalidad simple para la ocupación irregular, vicio muy grave para la vía de hecho;

- por *la extensión de la competencia judicial* que ellas provocan, mucho más amplia en la vía de hecho, en razón de la idea de la "desnaturalización del acto administrativo".

b) Pero ellos pueden *coincidir*: cuando el vicio que afecta un atentado a la propiedad inmobiliaria sobrepasa la ilegalidad simple, la ocupación irregular es al mismo tiempo, constitutiva de vía de hecho; la segunda noción recubre entonces a la primera, y determina la extensión de la competencia judicial.

---

[58] Auby: "Emprise irrégulière et voie de fait", *J.C.P.*, 1955, I, N° 1.259.

§ 4. Reglas de competencia que resultan de textos particulares.

177. — Visión de conjunto. Si el legislador no ha dado nunca de la competencia administrativa, un criterio general, ha sin embargo decidido frecuentemente la cuestión de competencia para ciertas categorías de litigios.

En un gran número de casos, estas reglas surgen de la aplicación del principio de la separación de las autoridades administrativas y judiciales. En tal sentido hay textos que definen de manera general, las competencias de las jurisdicciones de atribución de uno u otro orden; por ejemplo, para las materias de las que el decreto de 1953 reserva el conocimiento al Consejo de Estado, la competencia administrativa resulta, a la vez, del principio de separación y de un texto expreso.

Otros textos se refieren al principio de la autoridad judicial, guardián de la propiedad y de las libertades fundamentales (*supra*, Nº 170).

Pero en otros casos, las reglas establecidas por los textos se explican por consideraciones o históricas, o prácticas, y constituyen excepciones a la aplicación de los criterios precedentes, en uno u otro sentido. Estas excepciones son muy numerosas; se citarán sólo las principales.

178. — A. Excepciones en provecho de la competencia judicial. Los textos confían a los tribunales judiciales, litigios que normalmente dependerían de la competencia administrativa: contencioso de las contribuciones indirectas y de aduanas, del transporte postal, responsabilidad de las personas públicas en caso de motín o revueltas (*infra*, Nº 311), responsabilidad por los daños causados por los disparos del ejército, por los daños imputables a la falta de vigilancia de los alumnos de la enseñanza pública, etc. Una excepción muy importante en la práctica resulta de la *ley del 31 de diciembre de 1957*,[67] que atribuye competencia exclusiva a los tribunales judiciales para las acciones de responsabilidad dirigidas contra las personas públicas, en razón de los daños causados por cualquier vehículo; en realidad, son los accidentes imputables a los automóviles a los cuales se refería la ley. En

[67] *Cf.*, el comentario de M. Auby; *D.*, 1958, I, p. 299.

esta materia el contencioso se encuentra unificado, sea el vehículo privado o administrativo, en cuanto a la competencia, que es judicial, y en cuanto al fondo (aplicación del derecho civil). Pero la aplicación de la ley deja lugar a numerosas dificultades, principalmente en lo que concierne la noción de *vehículo*, a pesar de la tendencia del juez a interpretar ampliamente la competencia judicial (*cf.*, por ejemplo, C.E., 10 de enero de 1962, *Dame Coppier de Chanrond, D.*, 1962, p. 429; T.C., 20 de noviembre de 1961, *Dame Kouyoumandjian, D.*, 1962, p. 759; 11 de mayo de 1964, *Epoux Declunder, D.*, 1964, p. 470).[58]

179. — B. **Excepciones en provecho de la competencia administrativa.** Estas son menos numerosas. La principal concierne al contencioso de la *venta de bienes del dominio privado del Estado*, normalmente judicial, pero confiado por la ley del 28 pluvioso año VIII, por razones políticas, a la jurisdicción administrativa.

SECCIÓN III. Las reglas de competencia en materia de cuestiones accesorias

180. — A. **El problema.** Las reglas de competencia que acabamos de estudiar se aplican a las *acciones*: ellas indican al demandante a qué juez recurrir.

Pero sucede que la solución de un litigio que, en virtud de estas reglas, corresponde a una u otra jurisdicción, depende del examen de una cuestión que si fuera el objeto de un litigio principal, no dependería del mismo orden de jurisdicciones. Por ejemplo, un recurso de anulación contra una decisión administrativa que niega la admisión de un individuo a un concurso, depende de la competencia administrativa; pero si esa negativa se basa en una apreciación errónea, por parte de la nacionalidad o de la edad del candidato, el juicio exige la solución de esas cuestiones que dependen normalmente de la autoridad judicial. En sentido inverso, si un particular, perseguido ante el juez represivo por desobedien-

[58] El tribunal de conflictos ha reconocido el carácter de vehículo a una chalana (15 de octubre de 1973, *Gouverneur de la Nlle Calédonie, D.*, 1975, J., p. 184, nota Moderne), lo cual confirma la competencia judicial para los daños causados por las chalanas, pero sobre una base diferente a aquella que había dado a esta competencia en sentencia del 22 de enero de 1924 (affaire Bac d'Eloka) precitado *supra* N° 161.

cia a un reglamento, invoca en su defensa la ilegalidad de ese reglamento, esta cuestión, que condiciona la decisión del juez, dependería, en principio, de la competencia administrativa.

181. — B. **Principios de solución.**[59] En estas hipótesis, dos soluciones son posibles. El juez competente en lo principal puede ser autorizado a decidir, excepcionalmente la cuestión accesoria, en aplicación del principio: *el juez de la acción es juez de la excepción.* En sentido inverso, se puede hacer prevalecer el principio de la separación de los poderes, y obligar al juez a diferir la decisión, reenviando la cuestión previa a la jurisdicción normalmente competente para decidirla. La primera solución sacrifica las reglas de la separación: pero la segunda sacrifica el interés de los recurrentes, retardando por causa del reenvío, el curso de la justicia. Se denomina *cuestión previa,* la cuestión accesoria que el juez de la acción puede decidir por sí mismo; *cuestión prejudicial,* aquella que debe ser sometida al otro orden de jurisdicciones.

Ante el juez administrativo, las cuestiones accesorias que dependen de la competencia judicial son siempre cuestiones prejudiciales: debe diferir la decisión; pero esta obligación está desprovista de sanciones.

Ante el juez judicial, las reglas aplicables a las cuestiones accesorias de orden administrativo están más matizadas. Ellas varían según que la jurisdicción recurrida sea o no *represiva,* según que el acto administrativo, objeto de la cuestión, sea *reglamentario o individual,* en fin, según que la cuestión afecte la *interpretación del acto o su legalidad.* La transgresión de estas reglas por el juez judicial está sancionada por la posibilidad para la administración, de elevar el conflicto. Sin embargo, no hay nunca cuestión prejudicial si la dificultad que se destaca no es seria, y no presenta sino un carácter dilatorio: el juez, en este caso, debe resolverlo por sí mismo.

182. — C. **Reglas aplicables en las jurisdicciones no represivas.**[60] Estas resultan de una sentencia del Tribunal de Conflictos del 16 de junio de 1923, *Septfonds* (*Gr. Ar.,* p. 181). Aquí

59 Granjon: "Les questions préjudicielles", *A.J.,* 1968, p. 75.
60 Vedel: "De l'arrêt septfonds à l'arrêt Barinstein", *J.C.P.,* 1948, I, Nº 682.

el principio de la separación prevalece sobre la regla, "el juez de la acción es juez de la excepción".

1º *El juez civil no puede nunca apreciar la legalidad de un acto administrativo,* sea reglamentario, o individual; él no puede mucho menos *interpretar un acto individual*: se ha considerado que esta interpretación supondría el conocimiento del expediente administrativo que preparó la medida, el cual no está en manos del juez. En todos estos casos hay cuestión *prejudicial*: el juez debe diferir la decisión, y corresponde a las partes recurrir al juez administrativo, por la vía de recurso de interpretación o de apreciación de la legalidad.

2º La competencia judicial reaparece solamente para *la interpretación de los reglamentos*: se ha estimado que esta interpretación depende de la misma técnica que la de la ley, corrientemente practicada por los tribunales. Además sería difícil negarles el derecho de interpretar las reglas generales establecidas por el ejecutivo, cuando ellos tienen por misión interpretar las reglas legislativas que se sitúan, en la jerarquía de las fuentes del derecho en un nivel superior.

3º Excepcionalmente, el juez civil, en su cualidad de guardián de la propiedad y de las libertades, puede constatar la ilegalidad de un reglamento por el que la administración se autoriza ella misma a atentar contra éstas, buscando así cubrir de antemano sus vías de hecho (T.C., 30 de octubre de 1947, *Barinstein, D.*, 1947, p. 476; Cass., Ci., 15 de enero de 1975, *D.,* 1975, I, p. 671).

183. — D. Reglas aplicables en las jurisdicciones represivas.[61] A la inversa de lo que sucede en las jurisdicciones no represivas, el principio de la separación se inclina ante la regla: "el juez de la acción es el juez de la excepción". La necesidad de no retardar el ejercicio de la represión penal, en interés tanto de los procesados como de la sociedad, conduce a considerar como *previas* la mayoría de las cuestiones accesorias, y a reconocer *la*

---

[61] Pelletier: *L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif,* tesis, París, 1954; J. Donnedieu De Vabres: "Les éléments administratifs de l'infraction, *D.,* 1952, Chr., p. 137; Cathala: *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires,* 1966.

plenitud de la jurisdicción del juez penal sobre todos los puntos de los que depende la aplicación de penas. Las soluciones actuales resultan de la sentencia *Avranches et Desmarets,* del 5 de julio de 1951 (*Gr. Ar.*, p. 370, nota de Auby en el *S.*, 1953, III, p. 1), en que el Tribunal de Conflictos extendió las reglas deducidas anteriormente del artículo 471-15º del Código Penal (artículo R. 26-15º actual).

1º El juez represivo puede y debe no solamente interpretar, sino además apreciar la legalidad de *todos los reglamentos,* sea que el texto sirva de fundamento a la acusación, o que sea invocado como medio de defensa. La solución, antes de la sentencia *Avranches,* se aplicaba solamente a *los reglamentos de policía,* en virtud del artículo 471-15º del Código Penal.

2º No hay cuestión *prejudicial* sino en lo que concierne a las decisiones individuales: la apreciación de su legalidad, y accesoriamente, su interpretación, permanecen reservadas al juez administrativo, salvo texto contrario autorizando, para una categoría de actos individuales, la apreciación de su legalidad por el juez represivo.

3º La sala criminal de la Corte de Casación ha cuestionado estas soluciones. Ella distingue entre el acto administrativo que sirva de base a la acusación, y el acto administrativo invocado por el procesado como medio de defensa. En el primer caso, ella afirma la competencia del juez represivo; en el segundo, ella ha decidido que hay cuestión prejudicial, aunque el acto sea en los dos casos, individual o reglamentario (Cass. Crim., 1º de junio de 1967, *J.C.P.*, 1968, Nº 15.105). Esta divergencia entre el Tribunal de los Conflictos y la Sala Criminal de mantenerse, no simplificará una cuestión demasiada compleja.

CAPITULO IV

La organización de la jurisdicción administrativa

Sección I. Principios generales

Las jurisdicciones administrativas son numerosas; junto a aquellas que constituyen la jerarquía normal —Consejo de Estado y tribunales administrativos—, existe un gran número que ejercen su competencia en un campo limitado (Corte de cuentas, jurisdicciones disciplinarias de la Universidad, jurisdicciones de las órdenes profesionales, etc.). Por diversas que sean, todas presentan un cierto número de características comunes (§ 1); se verá luego (§ 2) qué lugar ocupan unas en relación con las otras en la organización de conjunto que ellas constituyen.

§ 1. Caracteres comunes

184.—Rasgos fundamentales. Todas las jurisdicciones administrativas tienen, en común, dos características fundamentales: 1º Son *jurisdiccionales*, es decir, que resuelven los litigios a ellas diferidos en las formas y con la autoridad que caracterizan a toda actividad jurisdiccional; lo cual implica para ellos la *independencia* indispensable a todo juez.

2º Ellas son *administrativas,* es decir, enteramente distintas de las jurisdicciones judiciales bajo el triple punto de vista de su personal, su actividad, la cual en todos los estadios escapa a todo control ejercido por el juez judicial, de su competencia, que se refiere únicamente al contencioso administrativo; y esta especialización exige que ellas tengan contacto con los problemas de la administración.

A estos dos imperativos de independencia y de especialización responden, por una parte, la *separación del juez de la administración activa,* por otra parte *su participación* frecuente *en la administración consultiva.*

185.— A. Separación de los jueces administrativos y de los administradores activos. Esta se aplica a la *composición* de las jurisdicciones y al *estatuto* de sus miembros.

1º *Composición.* Los administradores activos han sido progresivamente eliminados de las principales jurisdicciones administrativas. Se ha visto (*supra,* Nº 134) las etapas de esta eliminación, en lo que concierne al Jefe del Estado, luego a sus ministros. Igualmente, el prefecto que presidía el consejo de prefectura, al que sucedieron en 1953, los tribunales administrativos, había sido eliminado en 1926. Solamente las jurisdicciones administrativas de competencia muy particular (jurisdicciones universitarias o profesionales, etc.), que no sesionan sino en forma episódica, no están compuestas por funcionarios especializados en la actividad jurisdiccional.

2º *Estatuto.* La independencia de los tribunales administrativos exige, no solamente que los administradores no ocupen en ellos ningún lugar, sino además, que no dispongan de ningún medio de presión sobre los jueces: éstos no deben depender, en su carrera, de las autoridades que están llamadas a juzgar. Los miembros de las jurisdicciones administrativas, salvo los de la Corte de cuentas, no son magistrados; ellos no gozan de inamovilidad, que es la garantía tradicional vinculada a esta cualidad. Pero sus estatutos les confieren, principalmente, al Consejo de Estado, garantías de independencia sumamente fuertes.

3º *Poderes.*[62] El Consejo de Estado ha establecido en principio que la confusión entre juicio y acción administrativa se encontraría reestablecida, si el juez, en el ejercicio de su función jurisdiccional estuviese llamado a jugar un rol de administrador, sea decidiendo en lugar de la administración (por ejemplo reemplazando él mismo la decisión que acaba de anular), sea dando órdenes (por ejemplo, mandando, después de la anulación de una

[62] J. Chevallier: "L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur", *A.J.D.A.,* 1972, p. 67.

negativa ilegal de autorización, a dar esta autorización). Respecto de la administración activa, el juez tiene limitados, pues, sus poderes de manera muy estricta; no se le reconoce sino el poder de *anular* los actos ilegales, correspondiendo a la administración sacar las consecuencias de la anulación, y el poder de *condenarla a indemnizar* a quienes haya causado irregularmente un daño.

186.— B. **Competencia consultiva de las jurisdicciones administrativas.** Al lado de su rol jurisdiccional, las jurisdicciones administrativas ejercen frecuentemente un rol consultivo. Llamadas a aconsejar a la administración activa, están así familiarizadas con sus problemas sin sentirse por ello solidarias de las decisiones que podrían posteriormente censurar como jueces, ya que las opiniones que hayan podido emitir, no obligan a la autoridad que se las ha pedido. La función consultiva es particularmente desarrollada en el Consejo de Estado. Es muy reducida en lo que respecta a los tribunales administrativos, pero se ejerce frecuentemente en algunas jurisdicciones especializadas (Corte de cuentas, jurisdicciones universitarias, etc.).

187.— C. **Criterios de distinción de las jurisdicciones administrativas.**[63] Sucede frecuentemente que el legislador, al crear en el seno de la administración un organismo nuevo cuyo rol y estructura se asemejen a los de una jurisdicción, no precise sin embargo su naturaleza. El Consejo de Estado, recurrido contra las decisiones de tales organismos, está obligado a decidir sobre el punto de si tienen o no el carácter de jurisdicciones administrativas, y si, por tanto, sus decisiones constituyen o no sentencias. En caso negativo, el recurso por exceso de poder puede ser usado en contra de esas decisiones, mientras que en caso afirmativo, es por la vía del recurso de casación que se debe recurrir al Consejo de Estado. La distinción, en la práctica es a menudo delicada; surge de un conjunto de indicios, unos formales (composición, organización), otros materiales (naturaleza de la competencia ejercida, según que se trate o no de decidir sobre litigios jurídicos, autoridad de la decisión dictada, etc.).[64]

[63] Mabileau: *De la distinction des actes d'administration active et des actes administratifs juridictionnels,* tesis, Paris, 1943; Lampué: "La notion d'acte juridictionnel", *R.D.P.*, 1946, p. 38.

[64] A título de ejemplo *cf.*, C.E., 7 de febrero de 1947, *d'Aillières, Gr. Ar.*,

§ 2. Estructura de conjunto

La articulación de las diversas jurisdicciones administrativas y su interrrelación, es bastante compleja, y sensiblemente diferente de la organización judicial. Hay que distinguir la jerarquía normal y las jurisdicciones de atribución.

188.— A. La jerarquía normal. Se denomina *juez de derecho común,* en una organización jurisdiccional, aquel que es competente para conocer de todas las categorías de litigios que entran en la esfera de competencia de esta organización, sin que sea necesario un texto expreso para atribuírselas. El *juez de atribución,* a la inversa, es aquel que no es competente sino para los litigios cuyo conocimiento expreso le es atribuido por un texto. La jurisdicción administrativa de derecho común, es pues aquella a la que el demandante debe recurrir cuando el litigio entra en la esfera de competencia de la jurisdicción administrativa y no está atribuido por la ley a una de ellas en particular.

Son los *tribunales administrativos* en el sentido preciso del término a los que se ha reconocido esta cualidad, desde el decreto del 30 de septiembre de 1953.

Esta cualidad correspondía anteriormente al Consejo de Estado, según la sentencia *Cadot* (C.E., 13 de diciembre de 1889, *Gr. Ar.,* p. 27). Los consejos de prefectura interdepartamentales, creados en el año VIII, no eran sino jurisdiccionales de atribución; su competencia había sido ampliada en 1934; sin embargo, la mayor parte del contencioso iba directamente ante el Consejo de Estado. Ahora bien, el crecimiento del volumen de los litigios administrativos, ligado a la multiplicación de las intervenciones del Estado, era tal que la alta jurisdicción no era suficiente para esta tarea; sus sentencias no eran dictadas sino mucho tiempo después que ella había sido recurrida, lo que perjudicaba mucho su eficiencia práctica.

Para poner remedio a este estado de cosas, y acelerar el curso de la justicia, la reforma de 1953, erigió a los consejos de pre-

---

p. 303 (jurado de honor); 12 de diciembre de 1953, *de Bayo, Rec.,* p. 544 (Consejo superior de órdenes o colegios profesionales); 27 de mayo de 1955, *E.D.F., Rec.;* p. 298 (Consejo superior de la electricidad y del gas).

fectura, bajo el nombre de tribunales administrativos, en juez administrativo de derecho común.[85]

Las sentencias de estos tribunales son apelables: el Consejo de Estado —que era anteriormente juez de apelación para los asuntos llevados ante los consejos de prefectura— se ve confirmar esta cualidad para el conjunto de los litigios que dependen en primera instancia de los tribunales administrativos.

Sin embargo, la reforma de 1953, deja al Consejo de Estado como juez en primera instancia de algunas categorías de litigios particularmente importantes, enumerados por el decreto del 30 de septiembre de 1953, y que diversos textos han aumentado desde entonces la lista; el Consejo de Estado tiene respecto a estas categorías de litigios, la cualidad de juez de atribución.

189.— B. **Las jurisdicciones de atribución.** Estas son muy numerosas, y poseen en general una competencia estrictamente limitada. Fuera del Consejo de Estado, juez de atribución en las hipótesis que se acaban de evocar, algunas de estas jurisdicciones deciden sin apelación, en primera y última instancia (Corte de cuentas, Corte de disciplina presupuestaria); otras poseen su jerarquía propia (Consejo de Universidad en tanto que jurisdicción disciplinaria, con apelación ante el Consejo nacional de la enseñanza superior; jurisdicciones de pensiones de guerra, en dos niveles; jurisdicciones disciplinarias de las órdenes profesionales que tiene igualmente dos niveles). Sin embargo, por diversas que sean estas jurisdicciones todas están subordinadas al Consejo de Estado por la vía de la *Casación*: las decisiones dictadas por ellas en última instancia pueden siempre ser objeto de un recurso de casación ante el Consejo de Estado. Como se sabe, el juez de casación se distingue del juez de apelación, en que éste conoce una segunda vez el conjunto del litigio, hecho y derecho, mientras que el juez de ca-

[85] Sobre la situación antes de la reforma: Liet-Veaux: "La justice administrative au ralenti", *D.*, Chr., 1948, p. 133; Rivero: "Sur la réforme du contentieux administratif", *D.*, 1951, Chr., p. 163. Sobre la reforma: Rivero "La réforme du contentieux administratif", *R.D.P.*, 1953, p. 926; Gazier: *id.*, *J.C.P.*, 1953, I, Nº 1.134; De Laubadère: *id. Act. Jur.*, 1953, p. 173 y 385, 1953, p. 13. Sobre los resultados y consecuencias de la reforma: Grazier: "Perspectives ouvertes par la réforme", *R.D.P.*, 1954, p. 669; Piernet: "Premiers lendemains de la réforme Act", jur.; 1956, I, 9; Rivero: "Le Conseil d'État, Cour régulatrice", *D.*, 1954, Chr., p. 157.

sación se limita a verificar, sin volver a los hechos, si algún error de derecho vicia el fallo; si el error existe, el fallo es anulado y el asunto reenviado para ser juzgado de nuevo por los jueces del fondo.

No existe excepción a la competencia de casación del Consejo de Estado salvo en lo que respecta a las jurisdicciones de pensiones de guerra, que poseen en sí mismas su Comisión superior de casación.[66]

190.— C. **Comparación con la organización judicial.** 1º El principio del *doble grado de jurisdicción* no es de aplicación general en el orden administrativo: se excluye cuando el Consejo de Estado es juez en primera instancia, y en las jurisdicciones particulares que deciden en primera y última instancia (Corte de cuentas).

2º Sucede igual con el *recurso de casación*: está excluido contra las decisiones del Consejo de Estado, sea que haya estatuido excepcionalmente en primera instancia, sea que haya estatuido como juez de apelación.

3º Es pues, excepcional encontrar en el contencioso administrativo, las tres instancias sucesivas del orden judicial, primera instancia, apelación y casación. Sucede sólo en los asuntos dependientes de las jurisdicciones particulares que poseen su propia instancia de apelación y que están sometidas al Consejo de Estado para la casación (jurisdicciones disciplinarias de las órdenes profesionales).

4º El rol del Consejo de Estado es absolutamente diferente al de la Corte de Casación. Esta, en la cima de la jerarquía judicial, tiene la competencia definida por su nombre: es exclusivamente jurisdicción de casación. El Consejo de Estado, es a veces juez de atribución que decide en primera y última instancia; otras muy frecuentes es juez de apelación, asimismo, es juez de casación, constituyendo por tanto, *el centro de la organización de las jurisdicciones administrativas.*

---

[66] Theis: "Essai de recensement des juridictions relevant du C.E., par la voie du recours en cassation", *E.D.C.E.*, Nº 6, p. 79.

191. — D. **El contencioso administrativo de ultramar.** Los *departamentos de ultramar* están incluidos en la organización precedente: poseen sus tribunales administrativos, como los departamentos metropolitanos.

En cuanto a los *territorios de ultramar*, cada uno de ellos posee un Consejo del contencioso administrativo, que se compone de un magistrado judicial, presidente, y de dos administradores en la medida de lo posible licenciados en derecho, como asesores. El Consejo es competente, *ratione loci,* para los litigios surgidos en el territorio; pero no tiene la cualidad de juez de derecho común sino para aquellos litigios que afectan a las personas públicas locales; para aquellos que afectan al Estado, no tiene sino una competencia de atribución, fijada por los textos, permaneciendo el Consejo de Estado juez de derecho común de ese contencioso al mismo tiempo que juez de apelación respecto de todas las decisiones de los Consejos del contencioso.

SECCIÓN II. El Consejo de Estado[67]

192. — **Historia.**[68] Organo consultivo del gobierno, y principal jurisdicción administrativa, no ha dejado de ejercer en la vida nacional, con este doble título, un rol poco conocido por el público, pero esencial.

Creado por el artículo 52, de la Constitución del año VIII, a semejanza del Consejo del Rey del que se considera sucesor, el Consejo de Estado napoleónico ejerce, en primer lugar, su competencia consultiva en los tres campos: legislativo (elabora los grandes códigos), ejecutivo y contencioso; desde 1806, una Comisión

---

[67] Sobre el Consejo de Estado, su organización, sus métodos y su actividad confróntese, además, de las obras citadas *supra,* p. 131, Nº 1, los estudios que se encuentran en el *Livre jubilaire,* los diversos números de *E.D.C.E.,* y sobre todo, la colectiva publicada en 1975 por el Consejo de Estado, *Le Conseil d'État* (1799-1974); P. Weil: "Le Conseil d'État, politique jurisprudentielle o jurisprudence politique?", 1961; Letourneur, Bauchet, Méric: *Le Conseil d'État et les tribunaux administratif,* 1970; Negrin: "Le Conseil d'État et la vie publique en France despuis 1958", Ann. Fac. Dr. Aix, 1968. Para un juicio extranjero *cfr.,* C. J. Hamson; *Pouvoir discretionnaire et contrôle juridictionnel,* trad. Cocâtre-Zilgien, 1958.

[68] Extensa bibliografía recensada en *E.D.C.E.,* Nº 2, p. 129, Nº 6, p. 180, Nº 9, p. 161. Estudios aparecidos en el *Livre jubilaire.* Para el Imperio, Ch. Durand: *Etudes sur le C.E. Napoléonien;* Restauración: Raïssac tesis, París, 1937; Segundo Imperio: Besnard, tesis, París, 1943.

del contencioso, creada en su seno, se especializa en el enjuiciamiento de litigios, a título de justicia retenida.

La Restauración pone al Consejo de Estado en situación de paralización, y va hasta amenazar su existencia. Pero, a partir de su reorganización en 1831, su doble rol de consejero del gobierno y de juez, no es más seriamente cuestionado. Por un momento fue suspendido después de la caída del segundo Imperio, pero la ley del 24 de mayo de 1872, lo restableció y le confirió la justicia delegada. Si el decreto del 30 de septiembre de 1953, le quitó su carácter de juez administrativo de derecho común, su rol en el seno de la jurisdicción administrativa no ha disminuido de ninguna manera. Las constituciones de 1946 y 1958, han dado a su existencia la garantía constitucional.

En 1962, un incidente confirmó el lugar que ocupa el Consejo en el seno del Estado; una sentencia, juzgada no sin alguna razón inconveniente para el gobierno, había despertado por parte de éste, protestas de un tono difícilmente aceptable y la amenaza de una reforma. Esta intervino en efecto; pero los decretos del 30 de julio de 1963, lejos de responder a las inquietudes suscitadas por su anuncio, no han hecho en conjunto, sino confirmar y afianzar al Consejo de Estado en su doble misión contenciosa y consultiva.[69] Está actualmente regido por la ordenanza del 31 de julio de 1945, y por los decretos precitados, modificados en algunos detalles por tres decretos del 26 de agosto de 1975.

§ 1. La composición del Consejo de Estado

193. — A. **La jerarquía.** Los aproximadamente 180 miembros del Consejo de Estado —cifra muy débil en vista de la enorme tarea que les incumbe— se reparten en tres categorías jerarquizadas:

1º Los *auditores* de segunda (9),[70] y luego de primera clase (24), inicialmente reducidos a un rol pasivo de pasantes, participan hoy en día activamente en la preparación de los casos.

---

69 Sobre la reforma de 1963, *cfr.*, los artículos de M. M. Drago, *A.J.*, 1963, p. 524, Sandevoir, *R.A.*, 1963, p. 495 y 574, Silvera, S., 1963, Ch., p. 51.

70 Cifras hasta el 1º de marzo de 1980 (sin incluir los miembros del Consejo destacados o en disponibilidad).

2º Los *relatores* (*Maîtres des requêtes*) (81), título tomado del antiguo consejo del rey, juegan en esta preparación, el rol escencial. Uno de ellos cumple las funciones de secretario general del Consejo. Un cierto número de ellos, los *comisarios del gobierno,* son llamados a presentar en cada caso contencioso, las conclusiones que lejos de reflejar el punto de vista del gobierno como podría hacerlo creer su título, proponen la solución que le parece a su autor la más conforme al derecho (*infra,* Nº 227).

3º Los *consejeros de Estado en servicio ordinario* (86) deciden sobre los asuntos preparados por los relatores o los auditores.

4º En la cima de la jerarquía, encontramos cinco presidentes de sección, que dirigen el trabajo de las secciones del Consejo, y finalmente el vicepresidente del Consejo de Estado. El título de presidente está reservado por la tradición al primer ministro; en la práctica es el ministro de justicia quien asume esta presidencia en algunas sesiones solemnes. En la realidad, la presidencia efectiva incumbe al vicepresidente.

5º Fuera de este personal, que constituye el cuadro permanente del Consejo, hay que mencionar:

a) La existencia de 12 *consejeros de Estado en servicio extraordinario,* personalidades libremente escogidas por el gobierno, nombradas por cuatro años, y renovables después de un intervalo de dos años; son a menudo, pero no necesariamente, altos funcionarios, éstos no participan en las actividades contenciosas.

b) La posibilidad para los ministros de designar ante el Consejo, agentes de diversas administraciones, quienes con el título de comisarios del gobierno, juegan un rol de vínculo entre su servicio y las secciones administrativas. No deben confundirse con los comisarios del gobierno propiamente dichos, cuyo rol es esencial, como lo veremos, en la sección contenciosa.

c) El derecho reconocido a los ministros de participar en las sesiones no contenciosas, del Consejo de Estado, y de hacer oír a toda persona que consideren en capacidad de aclarar las discusiones.

194.— B. **La carrera.** Dos imperativos dominan las soluciones adoptadas: el primero es la conciliación entre la estabilidad

necesaria en un gran cuerpo, y la preocupación de abrirlo al exterior para evitar todo riesgo de esclerosis. El primero inspira las reglas del reclutamiento. El segundo, la voluntad de asegurar la independencia de los miembros del Consejo.

195.— 1º Reclutamiento y ascenso. Normalmente, los miembros del Consejo hacen en él toda su carrera, atravesando los diversos grados de la jerarquía. Se ha destacado a menudo la mezcla de generaciones que resulta de ello, y que permite confrontar sobre cada asunto, los puntos de vista de los auditores de 25 años y de los consejeros sexagenarios.

Los *auditores de segunda clase*, antes reclutados por un concurso especial, se reclutan hoy en día por la Escuela Nacional de Administración. El rango de clasificación en el concurso de salida, determina para todos los alumnos de la Escuela, la posibilidad de acceder a los cargos de auditores que les son ofrecidos. Este sistema mantiene, para el reclutamiento, el nivel elevado que aseguraba el antiguo concurso. Aquellos auditores que después de dos años, se revelen insuficientes, pueden ser cambiados a otro servicio.

Los *auditores de 1ª clase* se reclutan exclusivamente entre los auditores de segunda clase.

La preocupación por ampliar y diversificar el reclutamiento aparece a nivel de los *relatores* (*maîtres des requêtes*); si los tres cuartos de los cargos vacantes son reservados a los auditores, el gobierno es libre de designar, para el último cuarto, toda persona que tenga al menos 30 años de edad y diez años de servicio público: son las nominaciones provenientes *del exterior* que integran al Consejo hombres que tienen la experiencia de la administración activa.

Para los *consejeros de Estado*, estas nominaciones del exterior pueden abarcar un tercio de los cargos, dos puestos de tres están reservados a los relatores (*maîtres des requêtes*). La única condición requerida en este caso es la edad de 45 años como mínimo.

La preocupación de crear un puente entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos ha llevado desde 1953, a reservar a miembros de esos tribunales dos cargos de consejeros de Estado, y tres cargos de relatores (*maîtres des requêtes*).

196.— 2º Garantías de la carrera. En los diversos estadios de la carrera existen garantías muy serias que tienden a sustraer los miembros del Consejo de la arbitrariedad del gobierno. La principal reside en la intervención de una comisión consultiva en la que los relatores y los auditores están representados, para todas las decisiones relativas al ascenso y a la disciplina.

El ascenso tiene lugar, de hecho, por antigüedad, lo que evita la arbitrariedad. El decreto de 1963, modificado por un decreto del 24 de febrero de 1973, prevé diversas medidas destinadas a regularizar el curso de los ascensos. En materia disciplinaria, los miembros del Consejo no gozan de la inamovilidad que caracteriza a los magistrados del orden judicial, y en el orden administrativo, a los de la Corte de cuentas; pero las sanciones, de las que el decreto de 1963, aumenta la lista con el propósito de suavizarlas, están acompañadas de garantías muy estrictas. De hecho, la independencia del Consejo de Estado reposa escencialmente sobre una tradición más eficaz que muchos textos.

Hay que mencionar las disposiciones muy flexibles que permiten a los miembros del Consejo, sin romper el vínculo que los une a él, de cumplir por un cierto tiempo funciones de la administración activa; sin embargo, estas posibilidades no se abren sino después de cuatro años de formación en el seno del Consejo. Este continúa jugando así, el rol de reserva de personal de alta calidad que fue el suyo bajo la Monarquía y el Imperio; sus miembros son frecuentemente llamados a formar parte de los gabinetes ministeriales. Todo ello aumenta el prestigio del cuerpo respecto de la administración activa, y su rol en la vida nacional.

§ 2. La organización del Consejo de Estado

A la dualidad de sus atribuciones corresponde la dualidad de sus secciones, administrativas por una parte, para las atribuciones consultivas, y jurisdiccionales, por otra parte, para las atribuciones contenciosas. A unas y otras, la reforma de 1963, aportó modificaciones importantes, tendientes principalmente a aligerar la composición de aquellas que se juzgaban demasiado numerosas para un trabajo racional.

197. — A. **Las secciones administrativas.** 1º El Consejo cuenta con *cuatro secciones administrativas,* de las que cada una es competente para tratar los asuntos dependientes de un cierto número de ministerios; fuera de la sección social, más reciente, las otras tres se designan por el nombre más importante de estos ministerios (secciones de finanzas, del interior y de obras públicas).[71]

2º La opinión solicitada al Consejo es normalmente dada por la sección competente. Cuando la cuestión interesa a varios ministerios que dependen de secciones diferentes, la opinión es dada por la reunión de esas secciones, o por una comisión formada por algunos de sus miembros. Sobre los actos más importantes la opinión emana de un órgano particularmente nutrido y solemne, la *Asamblea General del Consejo de Estado;* ésta sesiona, bajo la presidencia del vicepresidente, sea en Asamblea ordinaria (34 miembros), sea en Asamblea plenaria (todos los consejeros); la Asamblea ordinaria es normalmente competente; la Asamblea plenaria, que sesiona doce veces por año al menos, conoce de los asuntos que le son enviados por la Asamblea ordinaria. En fin, un órgano más ligero, la *Sección permanente,* está encargada de las opiniones sobre los proyectos de leyes y de ordenanzas cuando el gobierno estima que hay urgencia.

3º La reforma de 1963, creó además una *comisión* llamada *de informe y estudios,* de la que se verá el rol, *infra,* Nº 200, 6º y 231, y en la cual un decreto del 26 de agosto de 1975, ha reforzado su composición, aproximándola a la de una sección.

198. — B. **La sección contenciosa.** 1º La *sección del contencioso,* heredera de la comisión del contencioso creada en 1806, tiene a su cabeza un presidente asistido por tres presidentes adjuntos; está dividida (D. 10 de enero de 1980), en diez subsecciones, teniendo cada una su presidente.

2º Se distingue en el seno de la sección, órganos encargados de la *instrucción,* y órganos encargados del fallo. La instrucción está confiada a subsecciones, las cuales preparan los casos que les son confiados al Estado de ser juzgados.

[71] Sobre la repartición de asuntos entre las secciones administrativas, *Cfr.* A. 15 de junio de 1977

3º En la práctica, todos los casos, debido a su número, no pueden ser juzgados por el conjunto de la sección. Existe pues, en el seno del Consejo, diversas dependencias encargadas de sentenciar, al igual que existen diversas salas en una Corte. Pero estas dependencias no tienen todas la misma composición; ellas constituyen una especie de jerarquía en el seno del Consejo, estando reservados los casos más difíciles a las dependencias más solemnes.

4º El fallo incumbe, en principio, a una dependencia que reúne dos subsecciones, la que ha instruido el caso y la que le está emparejada. Las *subsecciones reunidas* constituyen, pues, la dependencia normal para rendir el fallo. Pero el decreto del 10 de enero de 1980, prevé que la decisión para ciertos casos, pueda ser rendida por una sola subsección que acumulará así la instrucción y el fallo.

5º Un caso puede presentar dificultades especiales o plantear una cuestión de principio de particular importancia. En este caso, en lugar de ser juzgado por la dependencia a la que correspondería normalmente, el caso es llevado ante una dependencia más vasta. De éstas existen dos: una, llamada *sección del contencioso* integrada por el presidente de la sección y sus tres adjuntos, los presidentes de las subsecciones, tres consejeros que pertenecen al mismo tiempo a una sección administrativa, y un ponente (D. 9 de septiembre de 1968); la otra más elevada, es la *asamblea del contencioso,* reducida en 1963, en ella sesionan, bajo la presidencia del vicepresidente del Consejo de Estado, los cinco presidentes de sección, los dos presidentes adjuntos más antiguos de la sección del contencioso, el presidente de la subsección que ha instruido el caso, y el ponente. El derecho a solicitar que un caso sea sustraído de la dependencia a la que corresponde normalmente y llevado ante la sección o la Asamblea, corresponde al vicepresidente del Consejo de Estado, a los presidentes de la sección del contencioso y de la subsección encargada de la instrucción, y al comisario del gobierno.

Sea cual sea la dependencia que ha dictado la sentencia, ésta tiene siempre la misma autoridad jurídica, aquella que corresponde a las decisiones del Consejo de Estado; sin embargo la importancia de la decisión, y su autoridad moral, varían según el nivel de la dependencia de donde emane.

199.— C. **La repartición del personal entre las secciones administrativas y la sección contenciosa.** No es deseable que los miembros del Consejo sean especializados durante toda la carrera, sea en el rol consultivo, sea en el contencioso. Una de las directrices esenciales de la reforma de 1963, ha sido la de prevenir esta especialización, que tendía a instaurarse de hecho, y que corría el riesgo de conducir a una jurisprudencia mal informada de las necesidades de la acción. La composición de la asamblea del contencioso que se acaba de exponer se inspira en ella. De manera amplia, los auditores y los relatores están todos en principio adscritos simultáneamente a una sección administrativa y a la sección del contencioso; la principal excepción se refiere a los nuevos auditores y los relatores nombrados del exterior, que están adscritos sólo a la sección del contencioso, con el abjetivo de formación durante sus tres primeros años en el Consejo.

La regla de la doble adscripción puede aplicarse igualmente a los consejeros, pero no tiene respecto a ellos carácter obligatorio (decreto del 26 de agosto de 1975).

Por el contrario, ninguna de las personas que pueden sesionar en las secciones administrativas sin formar parte orgánica del Consejo, y principalmente los consejeros en servicio extraordinario, no tienen acceso a la sección contenciosa.

Finalmente —última precaución—, un consejero que haya tenido que dar, en una sección administrativa, una opinión sobre una cuestión que luego sea objeto de un recurso contencioso, debe inhibirse si forma parte de la sección contenciosa llamada a resolver este recurso.

§ 3. Las atribuciones del Consejo de Estado

200.— A. Atribuciones consultivas. El Consejo de Estado es el consejero del gobierno, el cual es, a menudo, obligado por un texto a solicitar su opinión, tanto en materia legislativa como respecto a los actos reglamentarios o particulares.

1º En materia legislativa, el Consejo de Estado interviene como consejero del gobierno en el ejercicio de su derecho de iniciativa: los *proyectos de ley* deben ser sometidos a su opinión antes de ser deliberados en Consejos de ministros (Const. Art. 39). Lo

mismo para las ordenanzas dictadas por el gobierno cuando ha recibido del Parlamento la autorización de estatuir en el campo reservado a la ley (Const. Art. 38).

2º En el ejercicio del poder reglamentario, hay que distinguir: cuando un reglamento se refiere a una materia que tiene carácter reglamentario (Const., Art. 37, *supra,* Nº 55) la opinión del Consejo es requerida si el reglamento implica la modificación de una ley que fue dictada anteriormente sobre esta materia. En el campo legislativo, en el cual el reglamento no interviene sino para completar y asegurar la aplicación de la ley, la opinión del Consejo es obligatoria para los reglamentos de Administración Pública (*cf., supra,* Nº 67); y es dado en principio, por la Asamblea general.

3º En materia de *decisiones particulares* numerosos textos prevén la intervención del Consejo (por ejemplo, para el reconocimiento de utilidad pública de una asociación, para un cambio de nombre, etc.).

4º La obligación de pedir la opinión del Consejo de Estado es sancionada de manera rigurosa: su omisión afecta el acto para el cual la opinión no ha sido solicitada, con el vicio de *incompetencia,* que el juez puede declarar de oficio, siendo el Consejo considerado como coautor del acto. Pero la obligación de pedir su opinión no conlleva de ninguna manera la de *seguirla.* El gobierno es siempre dueño de sus decisiones, fuera de los casos muy raros, en que el texto prevé la necesidad de una opinión *conforme.* Sin embargo, el gobierno, libre de escoger entre su proyecto inicial y el proyecto corregido que le devuelve el Consejo, no tiene el derecho de optar por un tercer texto, el cual por la fuerza de las cosas no ha sido conocido por el Consejo.

5º Fuera de los casos en que tiene la *obligación* de requerir el Consejo, el gobierno tiene siempre la *facultad* de consultarlo, tanto sobre un reglamento como sobre una decisión particular, e incluso (decreto 26 de agosto de 1975) de confiarle un estudio. Además, puede consultarlo cuando una dificultad se presente en materia administrativa, por ejemplo, sobre la interpretación de un texto; son estas consultas oficiales a las que se hace referencia

cuando se habla de las *opiniones del Consejo de Estado,* aunque la expresión designa, en sentido propio, todas las manifestaciones de la competencia consultiva. Las opiniones están destinadas al gobierno, único calificado para decidir si hay lugar o no de publicarlas. No tienen autoridad sino por su calidad intrínseca.

6º El Consejo puede tomar la iniciativa de sugerir a los poderes públicos las reformas legislativas o reglamentarias que considere deseables. Para incitarlo a utilizar más ampliamente este derecho, la reforma de 1963, le impone presentar cada año al gobierno un informe formulando principalmente estas sugerencias el cual es preparado por una comisión especial (Comisión de *informe* y —desde el decreto del 26 de agosto de 1975—, *de estudios*).

7º Finalmente, la reforma de 1963, abre a los ministros la posibilidad de hacer colaborar a los miembros del Consejo, en forma aislada o reunidos en una misión, en los proyectos de textos en curso de elaboración en sus servicios y a la solución de sus problemas jurídicos. Esta práctica, que parece entrar en las costumbres, podría resultar más fecunda, que la opinión dada sobre un proyecto enteramente acabado, y que sus autores, por lo general, se resisten a retocar. Para desarrollar esta cooperación, en una materia donde se prevé que será particularmente positiva, el decreto del 26 de agosto de 1975, prevé la posibilidad de hacer participar a un miembro del Consejo en la preparación de los reglamentos necesarios a la aplicación de una ley.

Las opiniones y el informe no son hechas públicas, salvo si el gobierno lo decide.

201.— B. Atribuciones contenciosas.[72] Ya se ha señalado (*supra,* Nº 188), que son de tres tipos:

1º *En primera y última instancia,* el Consejo de Estado, que durante mucho tiempo fue juez administrativo de derecho común, no tiene más desde la reforma de 1953, sino una competencia de atribución: el decreto del 30 de septiembre le ha reservado algunos litigios, considerados de mucha importancia para ser some-

[72] Desforges: *La compétence juridictionnelle du Conseil d'État,* 1961.

tidos al tribunal administrativo —juez de derecho común— o difíciles de relacionar con una competencia territorial; la lista ha sido ampliada en varias ocasiones.

Son llevados de esta manera directamente ante el Consejo de Estado:

a) por una parte (litigios particularmente importantes) dos categorías de recursos que cuestionan a los decretos, es decir, a los actos de las más altas autoridades gubernamentales: *los recursos por exceso de poder que tienden a la anulación de un decreto,* tanto reglamentario como individual y los *litigios relativos a la situación individual de los funcionarios nombrados por decreto del Presidente de la República,* es decir, de aquellos cuyo estatuto, en la fecha de la decisión atacada, no prevé que sean nombrados por otra vía distinta. Al contrario, la situación individual de los funcionarios nombrados por decreto del Primer Ministro depende, de los tribunales administrativos (decreto del 29 de enero de 1969). Se añaden a éstos el contencioso de la designación de los miembros del Consejo económico (Ordenanza del 29 de diciembre de 1958), luego (decreto de 1963) los recursos de anulación contra los actos reglamentarios de los ministros, sea cual sea la forma, los recursos de anulación de los actos de los ministros, dictados previa opinión del Consejo de Estado (decreto del 13 de junio de 1966), los recursos contra ciertas decisiones de ministros en materia de control de la concurrencia (ley del 19 de julio de 1977) y el contencioso de las elecciones de la Asamblea europea (ley del 7 de julio de 1977).

b) por otra parte (litigios difíciles de relacionar con el ámbito territorial de un tribunal administrativo), los litigios *surgidos fuera del territorio nacional,* por la acción de las autoridades administrativas francesas que ejercen su competencia fuera de las fronteras, y los recursos dirigidos contra los *actos cuyo campo de aplicación se extiende más allá del ámbito de un solo tribunal.* A estos últimos, se pueden asimilar las decisiones administrativas dictadas por todos los *organismos colegiados con competencia nacional* (decreto del 26 de agosto de 1975); la regla, establecida en 1963, para las órdenes profesionales solamente, a sido generalizada, de manera de incluir principalmente la comisión nacional

del derecho de respuesta sobre las antenas de la radio y de la televisión.[73]

Hay que señalar que, de manera general, el Consejo de Estado tiende a interpretar de manera muy restrictiva sus competencias en primera y última instancia. Por ejemplo, un recurso contra una resolución de expulsión de un extranjero, aunque tenga efecto en todo el territorio, debe ser interpuesto, no ante el Consejo de Estado, sino ante el tribunal administrativo del lugar donde reside el interesado, por el hecho de que será allí donde deberá ejecutarse la decisión (C. E., 26 de noviembre de 1954, *Van Peborgh* D. 1955, 89). Igualmente la competencia del Consejo en materia de anulación de los decretos deja subsistir la de los tribunales administrativos en lo que concierne a la reparación de daños causados por un decreto, e incluso por una ley.

2º En *apelación,* el Consejo de Estado conoce de todos los recursos interpuestos contra las decisiones de los tribunales administrativos.

3º El Consejo de Estado es *juez de casación*[74] respecto de todas las jurisdicciones administrativas que decidan en última instancia. El recurso de casación está abierto sin texto, en virtud de un principio general del derecho (C. E., 7 de febrero de 1947, *d'Ailliére*, *Gr. Ar.*, p. 303). No está excluido sino en caso de que el legislador lo haya expresamente descartado. Basta que a un organismo que decida en última instancia, se le reconozca el carácter de jurisdicción administrativa, para que el recurso de casación esté abierto contra sus decisiones, incluso si la ley decide que ellas son "definitivas", fórmula que no es juzgada suficien-

---

[73] El decreto del 13 de mayo de 1975, que organiza este derecho de respuesta en provecho de personas físicas cuestionadas de manera peyorativa, había dado explícitamente competencia al Consejo de Estado para los recursos contra las decisiones de la comisión creada para decidir sobre las reclamaciones de los interesados. El decreto del 25 de agosto de 1975 deroga en la forma esta disposición pero la confirma en cuanto al fondo, extendiendo la competencia del Consejo de Estado a las decisiones de todos los "organismos colegiados de competencia nacional". Primera aplicación de esta nueva competencia: 16 de junio de 1976, Germes, *A.J.*, 1976, p. 435.

[74] P. de Font-Réaulx: *Les pourvois devant le C.E. contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, tesis, París, 1930; Barjot: "Le recours en cassation devant le C.E.", *E.D.C.E.*, Nº 5, p. 64; Jacque-Mart: "Le C.E., juge de cassation", Tesis Lille, 1956.

temente clara por el Consejo de Estado para excluir su control por la vía de casación.

4º *Corte Suprema del orden administrativo,* el Consejo de Estado ha visto añadirse a sus atribuciones, funciones de *regulador de competencias* en el seno de la jurisdicción administrativa.

a) Se ha reconocido competente, desde 1932, para resolver conflictos de competencias de los jueces (réglaments de Juge), como lo hace la Corte de Casación en el orden judicial, es decir, para resolver, sea conflictos negativos de competencia entre dos jurisdicciones administrativas que se han declarado una y otra incompetentes, sea conflictos de fondo que resultan de decisiones contradictorias. Cuando uno de las dos desiciones se convierte en definitiva, las vías de recurso normales, apelación o casación, no permitirían borrar tales contradicciones. El Consejo de Estado, en estas hipótesis, resuelve el problema declarando de oficio nula y no adoptada la decisión errónea a pesar de su carácter definitivo.

b) *Conexidad.*[75] Hay conexidad entre dos litigios cuando la solución de uno depende necesariamente de la solución que se dé al otro. Ahora bien, puede suceder que dos litigios conexos dependan cada uno de una jurisdicción administrativa diferente. Es preferible, en este caso, permitir a una sola de las jurisdicciones recurridas de decidir sobre las dos instancias. Decretos del 27 de diciembre de 1960, han regulado el problema. Si la conexidad existe entre dos litigios que dependen, uno del Consejo de Estado en primera instancia, y el otro de un tribunal administrativo, el Consejo de Estado puede ordenar la acumulación en su provecho, y decidir sobre los dos litigios. Si la conexidad existe entre dos litigios que dependen de dos tribunales administrativos diferentes, el Presidente de la Sección del contencioso, recurrido por el Presidente de uno de los tribunales administrativos, designa al que conocerá del conjunto.

c) *La resolución de las dificultades de competencia en el seno de la jurisdicción administrativa* (decreto del 22 de febrero de

[75] Sobre la conexidad, *Cfr.* Debbasch: *Chronique, D.,* 1961, p. 145; Puisoye: "La notion de connexité", *A.J.,* 1967, p. 1.950.

1972).[76] Una jurisdicción administrativa que considera que el litigio sometido a ella es de la competencia de otra jurisdicción administrativa no podía hasta hace poco sino dictar una sentencia afirmando su incompetencia. Ella no tenía la facultad para señalar la jurisdicción que estimaba competente. El demandante, si consideraba que esa sentencia de incompetencia estaba mal fundada, no podía sino atacarla por las vías de recursos habituales, apelación o casación. De allí que se produjesen retrasos considerables en la solución de los litigios.

El decreto del 22 de febrero de 1972, vino a poner remedio a este estado de cosas, sustituyendo las sentencias de incompetencia por los *procedimientos de reenvío,* y confiando la designación de la jurisdicción competente sea al Consejo de Estado, sea al Presidente de la Sección del contencioso.

—El Consejo de Estado es recurrido, en primera instancia de un caso que depende en realidad, de la competencia sea de un tribunal administrativo, sea de una jurisdicción administrativa distinta de un tribunal administrativo: el reenvío a la jurisdicción competente es decidido, en el primer caso, por el Presidente de la Sección del contencioso, mediante ordenanza no motivada; en el segundo, por el Consejo de Estado mismo.

—Un tribunal administrativo recurrido de un caso que le parece depender de la competencia de otra jurisdicción administrativo: el Presidente transmite el expediente al Consejo de Estado. La designación de la jurisdicción competente corresponde según el caso, al presidente de la sección del contencioso o al Consejo de Estado mismo.

En todos los casos, las decisiones de reenvío no son susceptibles de ningún recurso, y la jurisdicción a la que el caso es atribuido no puede declinar su competencia salvo que se fundamente en la incompetencia del conjunto de las jurisdicciones administrativas; además, esta posibilidad no existe sino para los tribunales administrativos.

d) El decreto del 22 de febrero de 1972, ha añadido a estas reformas una disposición cuya vinculación con estos supuestos de-

[76] F. G. Bertrand, nota bajo C.E., 27 de julio de 1972, J., p. 661; Homont, *D.*, 1973, Chr., p. 147.

riva del hecho de que tiende al mismo objetivo: acelerar el curso de la justicia. La hipótesis es la siguiente: un tribunal administrativo, o el Consejo de Estado, recurridos para conocer de un litigio del que no son competentes, constatan que el recurso está viciado de una inadmisibilidad manifiesta, que la jurisdicción competente necesariamente tendría que destacar (por ejemplo: el lapso del recurso había expirado). En este caso, sería hacer perder al demandante tiempo y dinero si se reenvía ante esta jurisdicción. Aquella jurisdicción a la que se ha recurrido equivocadamente se le reconoce competencia para declarar la inadmisibilidad.

e) El conjunto de estas soluciones representa una loable preocupación por facilitar, al demandante, el acceso al juez. Se las puede relacionar, desde este punto de vista, con las reformas realizadas por el decreto del 25 de julio de 1960, en lo que concierne a los conflictos de competencia entre la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa (*supra,* Nº 144 y 145), pero hay que cuidarse de *confundirlas:* solamente los conflictos de competencia *entre las diversas jurisdicciones administrativas* son los que dependen de los modos de solución que se acaban de estudiar.

5º A las atribuciones del Consejo de Estado como Corte Suprema del orden administrativo puede vincularse la *misión de inspección permanente de las jurisdicciones administrativas* que le es confiada.[77]

Sección III. Los tribunales administrativos

202.— A. Historia. Los tribunales administrativos son, bajo un nombre nuevo, los antiguos consejos de prefectura previstos en la ley del 28 pluvioso del año VIII. Situados al lado de cada prefecto, éstos acumulaban, una competencia consultiva bastante reducida, y una competencia jurisdiccional de atribución (principalmente en materia de obras públicas, de contribuciones directas), siendo sus decisiones apelables ante el Consejo de Estado. Ni su reclutamiento, ni el estatuto de sus miembros, privados de toda garantía, ni su organización (dependencia del prefecto), res-

[77] P. Ordonneau: "Les problèmes posés au cours des dix dernières années par l'organisation et le fonctionnement des tribunax administratifs", *E.D.C.E.*, 1977-78, p. 111.

pondían a las exigencias de una justicia administrativa satisfactoria. En 1926, su número fue reducido a 22, su competencia territorial extendida a un cierto número de departamentos y su organización mejorada; en 1934, sus atribuciones fueron ampliadas (principalmente en materia del contencioso de las colectividades locales). Pero esta extensión no fue suficiente para frenar el aumento del número de recursos interpuestos en primera y última instancia ante el Consejo de Estado, juez de derecho común. Se hacía necesario transferirles esta última cualidad de juez común para restablecer el curso normal de una justicia administrativa cuya lentitud comprometía gravemente su eficacia. Tal fue el objeto de la reforma de 1953: los consejos de prefectura, reorganizados, se convirtieron, bajo el nombre de tribunales administrativos, en la jurisdicción administrativa de derecho común. El decreto del 30 de diciembre de 1963, mejoró el estatuto de sus miembros. El conjunto de textos que les concierne, salvo las reglas relativas al estatuto de sus miembros (*infra*, Nº 204) ha sido codificado por dos decretos (uno para la parte legislativa, otro para la parte reglamentaria) del 13 de julio de 1973 (Código de los tribunales administrativos, modificados por la ley del 16 de junio de 1976).[78]

203. — B. Caracteres generales.[79] Hay 24 tribunales administrativos además del de París, para la metrópolis, designados por el nombre de la ciudad en donde tienen su sede; su ámbito se extiende normalmente a un grupo de departamentos. Además, cada uno de los departamentos de ultramar tiene su tribunal administrativo. Todos son jueces administrativos de derecho común; sus sentencias son apelables ante el Consejo de Estado.

204. — C. Personal.[80] Un primer estatuto (decreto del 30 de diciembre de 1963), representa un serio esfuerzo en el sentido de asegurar la calidad y la independencia del personal. El decreto

---

[78] C. Aubert: "Les code des tribunaux administratifs", *D.*, 1973, Chr., p. 239.

[79] Paulin: "Plaidoyer pour les tribunaux administratifs", *A.J.*, 1964, I, p. 32; Bonifait: "Pour un juge plus proche", *A.J.*, 1973, p. 69; *Les tribunaux administratifs, vingt ans après la réforme de 1953*, Actos del coloquio de marzo de 1974 en Grenoble, Prensa Universitaria de Grenoble, 1975; E. Ayoub: "Les juges administratifs du premier degré", *Annales de la Faculté de Droit de Sceaux*, 1977, p. 87.

[80] Combarnous: "Le nouveau statut des membres des tribunaux administratifs: une évolution inachevée", *A.J.D.A.*, 1975, p. 165.

del 12 de marzo, de 1975, que lo reemplazó, y las leyes del 16 de junio de 1976, y del 10 de diciembre de 1977, dieron una gran importancia a la necesidad de aumentar los efectivos que son manifiestamente insuficientes.

1º Se puede hacer carrera en los tribunales administrativos: el personal está jerarquizado (consejeros de 2ª y de 1ª clase, consejeros fuera de clase, presidentes, presidentes de sección, vicepresidente y presidente del Tribunal de París). En la base, los consejeros de 2ª clase son reclutados por el concurso de salida de la E.N.A.; en los niveles siguientes, el ascenso del personal de carrera se combina con una parte hecha, como en el Consejo de Estado, del exterior; esta parte tiende lamentablemente a crecer. Además, el decreto del 12 de marzo de 1975, y la ley del 10 de diciembre de 1977, instituye, a título provisional, un reclutamiento complementario destinado a llenar los nuevos cargos creados.

2º El personal, desde el punto de vista jerárquico, depende —como los antiguos consejos de prefectura— del Ministerio del Interior, lo cual podría comprometer su independencia, pero también, del Ministerio de Justicia; está sometido, además, a la inspección del Consejo de Estado.

3º Existe entre el personal de los tribunales administrativos, y el del Consejo de Estado, una cierta interpenetración: los consejeros de 2ª clase, antes de asumir sus funciones, hacen una pasantía en el Consejo de Estado; se ha visto que algunos cargos en el Consejo están reservados a miembros de los tribunales; inversamente, los miembros del Consejo pueden ser destacados a algunos cargos de los tribunales administrativos.

4º El personal se reparte entre los tribunales, en principio, sobre la base de un presidente y tres o cuatro consejeros —de los cuales uno o dos cumplen las funciones de comisario del gobierno— por tribunal. Los diez tribunales más importantes tienen dos e incluso tres salas, y un personal más numeroso (Decreto 75.165, del 12 de marzo de 1975). El Tribunal de París cuenta con 30 consejeros repartidos en 7 secciones.

5º Para algunas categorías de asuntos, la decisión puede ser tomada por un consejero delegado, que tiene su sede como juez único en la capital de algunos departamentos de la circunscripción

jurisdiccional; pero no se trata sino de una facultad ofrecida a las partes, que pueden siempre preferir llevar el asunto a la sede ordinaria del tribunal que decide con todos sus miembros.

205.— D. Competencia.[81] 1º La competencia *ratione materiae* se deriva de la cualidad de juez de derecho común reconocida a los tribunales administrativos: todos los litigios, fuera de aquellos que la ley atribuye expresamente a otra jurisdicción administrativa, deben ser llevados ante ellos en primera instancia.

2º La competencia *ratione loci,* o territorial, es más difícil de determinar. Cada tribunal no es competente sino para los litigios que nacen en su ámbito territorial; pero, ¿cuál es el criterio para determinar a cuál ámbito territorial se vincula un litigio?

3º El Reglamento de administración pública, del 28 de noviembre de 1953, establece un principio: todo litigio administrativo que tiene su origen en una decisión administrativa, será de la competencia del tribunal del lugar en que tiene su sede la autoridad de la que emana la decisión. Este principio, sin correctivos, hubiera conducido a un resultado desastroso: dada la centralización que caracteriza a Francia, es en París que se toman la mayoría de las decisiones; el Tribunal administrativo de París se habría inmediatamente congestionado.[82] El congestionamiento se hubiera agravado aún más, si se dejara aplicar el principio general que permite a las partes derogar las reglas de competencia *ratione loci,* pues, seguramente el Tribunal de París habría sido más preferido que los otros tribunales.

El objetivo de la reforma de 1953, o sea, la aceleración de la justicia administrativa, no hubiese podido ser alcanzado, ya que el embotellamiento del Tribunal de París hubiera reemplazado al del Consejo de Estado, si no se hubiera aportado al principio antes señalado, las siguientes adaptaciones:

a) En primer término, las reglas de competencia *ratione loci,* son de *orden público;* las partes no pueden derogarlas, salvo en

---

81 Código T. A., art. R. 37 a R. 75, *cfr.,* además: Chailley: "La réforme du contentieux, règles de compétence", *D.,* 1954, Chr., p. 51; Long: "La compétence des tribunaux administratifs", *Act. jur.,* 1955, Chr., p. 1; Courtine: "Les atributions consultatives des T.A.", *E.D.C.E.,* Nº 19, p. 299.

82 Landron: "Le Tribunal administratif de Paris", *E.D.C.E.,* Nº 19, p. 267.

materia de contratos administrativos, y sólo bajo condición que no afecte al interés público.

b) Un gran número de reglas propias a ciertas categorías de litigios atribuyen la competencia según otro criterio distinto al de la sede de la autoridad que ha tomado la decisión litigiosa: situación del inmueble (litigios que tratan de un inmueble), lugar donde se ha producido el hecho que provocó el daño (acciones de responsabilidad originadas de un daño causado por un hecho material), residencia del demandante (litigios que tratan sobre la cualidad de antiguo combatiente, de deportado, etc.,...), lugar de adscripción (contencioso individual de los funcionarios), etc. Estas excepciones al principio de la competencia del tribunal de la sede de la autoridad que ha tomado la decisión, han sido precisadas y desarrolladas por el decreto Nº 1.510, del 27 de diciembre de 1960; en particular, los litigios relativos a la organización o al funcionamiento de las colectividades públicas distintas al Estado, y de todo organismo público o privado, principalmente en materia de tutela, entran en la competencia del tribunal del que depende la colectividad o la sede del organismo.

4º Fuera de la competencia contenciosa, los tribunales administrativos conservan algunas atribuciones consultivas, cada vez más raras. Sin embargo, sus miembros pueden ser llamados a participar en algunos trabajos de las administraciones.

5º Hay que insistir, para terminar, sobre la importancia del rol que juegan actualmente los tribunales administrativos en la jurisdicción administrativa. Cuantitativamente, son ellos los que conocen de la mayor parte de los litigios, y las apelaciones ante el Consejo de Estado son relativamente raras. Más cerca de los administrados, ellos pueden orientar la jurisprudencia por vías originales.

CAPITULO V

Los recursos contenciosos

Se entiende por recurso, todo medio puesto por el Derecho a la disposición de una persona para hacer corregir una situación por una autoridad pública; todo sistema de reclamación jurídicamente organizado.

Entre estos medios, los recursos contenciosos constituyen una categoría de la que convendrá precisar los caracteres (Sección I); se verá luego cómo se distinguen los diversos tipos de recursos contenciosos (Sección II). Se reservará para un capítulo siguiente, dada su importancia, el estudio más detallado del más original de los recursos contenciosos: el recurso por exceso de poder.

Sección I. **Caracteres generales de los recursos contenciosos**

Los recursos se dividen en dos grandes grupos: por una parte, los recursos administrativos,[83] interpuestos ante la administración activa; por otra parte, los recursos contenciosos, interpuestos ante un juez. Se estudiará sus diferencias y sus relaciones. A estas dos categorías clásicas se ha añadido recientemente una nueva forma de reclamación, que se distingue de una y otra: el recurso al *Mediador* instituido por la ley del 3 de enero de 1973, que será analizado *infra*, Nº 359.

206. — A. **La distinción entre los dos tipos de recurso.** 1º Ya se ha destacado la característica esencial, de la que todas las otras derivan: la autoridad ante la cual el recurso es planteado. En el recurso administrativo, es ante un *administrador:* el autor

[83] Auby: "Les recours administratifs", Act. jur.; 1955, I, 117.

del acto del que el administrado se queja, o su superior jerárquico; en el primer caso, el recurso administrativo se denomina *recurso de gracia:* se pide a un agente que corrija su propia decisión; en el segundo caso, el recurso se denomina *jerárquico:* tiende a poner en movimiento el control del superior.

El recurso contencioso es siempre planteado ante una *jurisdicción.*

2º *El fundamento de la demanda.* En el recurso administrativo, el administrado puede invocar, en apoyo a su demanda, cualquier motivo: un motivo jurídico (puede señalar a la administración un error de derecho o de hecho que hace ilegal la decisión), pero también razones de oportunidad; puede incluso apelar a la buena voluntad de la administración.

El recurso contencioso sólo puede fundamentarse en la violación del derecho.

3º *Formas y Procedimiento.* El recurso administrativo es en principio totalmente libre: el particular que lo ejerce no está sometido a ningún lapso, ni constreñido por ningún formalismo; la autoridad que lo recibe, por su parte, no está sujeta a ninguna regla de forma o de procedimiento.

El recurso contencioso está sometido por los textos a formas y lapsos, cuyo desconocimiento lo haría inadmisible. El juez decide según un procedimiento reglado.

4º *Poderes de la autoridad recurrida.* Con respecto al recurso, la autoridad administrativa tiene plenitud de poderes: puede no darle respuesta; puede rechazarlo; puede darle razón al recurrente, en parte, o en su totalidad, o incluso acordar más de lo que se le pide. Dispone, para modificar el acto, de la misma competencia que le ha permitido dictarlo, reserva hecha de los derechos adquiridos por terceros (*supra,* Nº 103).

El recurso contencioso, impone al juez la obligación de decidir; pero sus poderes respecto del acto son limitados (*infra,* Nº 229); además, no podría decidir en *ultra petita,* es decir, acordar más de lo que se le pide.

5º *Naturaleza de la decisión dictada sobre el recurso.* El recurso administrativo concluye en una *decisión administrativa,* sometida al régimen de los actos administrativos unilaterales. El

recurso contencioso termina en una *decisión judisdiccional* con autoridad de cosa juzgada.

6º De lo que precede se puede desprender la definición de recursos contenciosos, por oposición a los recursos administrativos: los recursos contenciosos son aquellos por los cuales una persona somete a un juez, bajo formas regladas, una pretensión jurídica, para obtener satisfacción por una decisión jurisdiccional, con autoridad de cosa juzgada.

207.— B. **Las relaciones entre recursos administrativos y recursos contenciosos.** 1º Desde el punto de vista jurídico, se trata de dos instituciones distintas, totalmente ajenas una a la otra. Pero desde el punto de vista práctico, los administrados, cuando las dos vías les son abiertas, tienden a interrogarse sobre su utilidad respectiva. De este punto de vista, se pueden destacar, las ventajas del recurso administrativo:

—Este puede ser intentado después de la expiración del lapso del recurso contencioso;

—Permite invocar motivos más amplios que el recurso contencioso;

—Permite obtener una satisfacción más completa.

En contra, pueden invocarse dos características esenciales:

—el particular está seguro que el juez examinará su recurso y decidirá; de esta garantía esencial carece el recurso administrativo;

—el juez aporta al examen del recurso su imparcialidad; la administración por el contrario, está por lo general más dispuesta a confirmar que a censurar sus decisiones anteriores, y las posibilidades de éxito del recurso administrativo, desde el punto de vista sicológico, son relativamente reducidas.

2º *Combinación de los dos recursos.* De lo que precede, resulta que cada recurso ofrece ventajas propias. Para el administrado resulta ventajoso poder utilizar las dos vías. La administración por su parte, tiene interés en poder corregir sus propios errores en lugar de exponerse a la censura del juez. Asimismo el recurso administrativo puede aliviar la tarea del juez, al permitir lo-

grar entre la administración y el administrado, un acuerdo que evite un proceso.

Ha sido necesario organizar la coexistencia de los dos recursos, y principalmente, garantizar a los administrados la posibilidad de recurrir primero a la administración, sin perder por ello la posibilidad de recurrir al juez, en caso de fracaso. Sobre el detalle de estas reglas, *infra* Nº 221.

SECCIÓN II. Los diversos tipos de recursos contenciosos

208.— **Noción general.** El restablecimiento de una situación conforme al derecho, que el recurrente solicita al juez, puede tomar formas muy diferentes: anulación de un acto, condenación a pagar o a hacer reconocimiento de una cualidad jurídica, etc. Ante el juez judicial, la diversidad de estas demandas no tiene influencia sobre los caracteres de los pasos que el demandante tiene que dar para recurrir al juez, es decir, sobre la *acción en justicia;* ésta es una, sea cual sea el fin perseguido.

Ante el juez administrativo, al contrario, esta unidad no existe; a los objetivos perseguidos por el recurrente corresponden vías propias, que tienen sus particularidades de procedimiento, y que es necesario seguir, bajo pena de inadmisibilidad de la demanda. Estas vías que se imponen al recurrente son los *diversos recursos contenciosos.*

209.— **La clasificación tradicional.** Esta clasificación se basa en los poderes que el recurso exige aplicar por el juez. Conduce así a reagrupar bajo cuatro rúbricas principales las diversas demandas de las que el juez administrativo puede ser recurrido; a cada una corresponde un cierto tipo de recurso.

1º Se puede pedir al juez declarar la ilegalidad de una decisión administrativa y de pronunciar, por vía de consecuencia, la anulación. A este fin, corresponden los recursos de anulación, de los que el recurso por exceso de poder es el principal, y cuyo conjunto forma el *contencioso de anulación.*

2º Se puede pedir al juez que aplique, para restablecer el derecho, el conjunto de sus poderes jurisdiccionales, y no sólo su poder de anulación, principalmente pronunciando condenaciones

pecuniarias: es el *contencioso de plena jurisdicción*, así llamado porque posibilita el ejercicio de la plenitud de los poderes del juez, tal como él mismo los ha delimitado.

3º Un tercer grupo de recursos está vinculado con el mecanismo de las cuestiones prejudiciales (*supra*, Nº 180 y ss.): cuando un tribunal judicial está obligado a diferir el pronunciamiento porque una cuestión de la competencia administrativa de la cual depende la decisión final, aparece en el curso de la instancia, el juez administrativo será recurrido por un recurso distinto, sea de *interpretación* —se le pide entonces interpretar un acto administrativo oscuro— sea de *apreciación de legalidad*: se le pide decir si el acto administrativo que una de las partes tacha de ilegalidad, es legal o no. En los dos casos, el juez judicial extrae las consecuencias para el litigio que le es sometido, de la interpretación o de la apreciación de legalidad hecha por el juez administrativo.

Se designa con el nombre de "contencioso de interpretación" estos dos grupos de recursos.[84]

4º Finalmente, el juez administrativo puede, muy excepcionalmente, ejercer una función represiva: él es competente para condenar penalmente a las personas que hayan cometido algunas *contravenciones de vialidad* (*voirie*), es decir, que hayan infringido las reglas relativas a la conservación de diversas categorías de inmuebles del dominio público; es el *contencioso de represión*.

210.— Importancia relativa de los diversos contenciosos. El contencioso administrativo de las contravenciones de vialidad es muy reducido. Los recursos de interpretación y de apreciación de validez son un poco más frecuentes, pero no requieren un estudio especial: es suficiente precisar que estos recursos son interpuestos ante la jurisdicción que sería competente para decidir sobre un recurso de anulación contra el acto objeto del litigio (por ejemplo: competencia del Consejo de Estado para un recurso de apreciación de validez que concierne a un decreto). Los dos grandes grupos de recursos, entre los que se reparte lo escencial de la actividad del juez administrativo, son los recursos de anulación y los recursos de plena jurisdicción. Es importante distinguirlos ya que las

84 Fliniaux: "Les recours en appréciation de validité", *Mélange, Hourion*, p. 297; Lainé: *Les recours en interprétation*, tesis, París, 1930.

condiciones a las que están sujetos presentan sensibles diferencias, y las decisiones a las que conducen no tienen siempre la misma autoridad.

211.— La distinción de los recursos de anulación y de los recursos de plena jurisdicción.[85] 1º Existe un cierto número de recursos de anulación, previstos por textos especiales, referidos a una categoría muy limitada de actos administrativos, y que tienen sus reglas propias (ejemplo: recurso de anulación de resoluciones prefectorales que conciernen la autorización y la reglamentación de algunas categorías de instalaciones clasificadas para la protección del ambiente, como *establecimientos peligrosos o insalubres*); pero la importancia práctica del contencioso de anulación deriva del *recurso por exceso de poder,* que es el recurso de derecho común abierto contra toda decisión administrativa unilateral, sobre la base del principio de legalidad.

2º Los recursos de plena jurisdicción forman una categoría variada; al lado de los recursos en materia *contractual* y en materia de *responsabilidad,* que son los más característicos, comprende también, los *recursos en materia de elecciones* de órganos administrativos, ya que el juez, en este campo tiene el poder, no solamente de anular la elección que juzga irregular, sino además de restablecer los verdaderos resultados y de proclamar el elegido, lo cual entra en la plena jurisdicción. Se incluye también el *contencioso de las contribuciones directas,* por razones análogas. Estas dos últimas soluciones no son aceptadas sin embargo unánimemente por la doctrina.

3º De lo que precede resulta que el problema de la distinción de los contenciosos de anulación y de plena jurisdicción tiene importancia práctica limitada a la distinción concreta del recurso por exceso de poder y del recurso de plena jurisdicción en sentido estricto (recurso en materia de contratos y de responsabilidad).

4º Es el recurso por exceso de poder el que el administrado debe utilizar para solicitar al juez:

---

[85] Heilbronner: "Recours por excès de pouvoir et recours de plein contentieux", *D.,* 1953, Chr., p. 183; Sandevoir: *Études sur le recours de pleine juridiction,* 1964.

a) Confrontar una decisión de la administración con las reglas de derecho a las que está sujeta.

b) Constatar la no conformidad de la decisión a dichas reglas.

c) Anular la decisión reconocida como ilegal.

5º Es el recurso de plena jurisdicción el que el administrado debe utilizar para solicitar al juez:

a) Reconocer en su provecho la existencia de un derecho.

b) Constatar que se ha atentado irregularmente contra ese derecho.

c) Ordenar las medidas necesarias al restablecimiento de la situación sobre la base de ese derecho.

6º En cuanto al *régimen de los dos recursos* existen diferencias apreciables:

a) El recurso de plena jurisdicción no está abierto sino al titular del derecho violado; el recurso por exceso de poder es mucho más amplio: todos aquellos que tienen *interés* en la anulación de la decisión ilegal pueden ejercerlo.

b) El recurso de plena jurisdicción tiende a la condenación de una persona, automáticamente demandada; el recurso por exceso de poder no tiende a la condenación de *alguien,* sino a la anulación de *algo*; no tiene pues, en principio, demandado; proceso entre partes, se dice de uno; proceso al *acto,* se dice del otro. Sin embargo esta diferencia tiende a desaparecer (*infra,* Nº 238).

c) El demandante puede acumular, a un recurso de plena jurisdicción, pretensiones de anulación: por ejemplo, si pide reparación del perjuicio que le ha causado una decisión ilegal, él puede también pedir la anulación. Por el contrario, un recurso por exceso de poder no puede comportar sino pretensiones de anulación.

7º Sobre estas diferencias que se refieren a la naturaleza de los recursos, los textos han añadido otras, de orden *procedimental,* que aumentan la importancia práctica de la distinción. El recurso por exceso de poder, en tanto que permite asegurar el respeto a la legalidad, se beneficia de algunas ventajas: dispensa de asistencia

de abogado (*ministere d'avocat*), costos reducidos; el recurso de pleno contencioso, medio de defensa de una situación particular, no se le reconocen estas ventajas.

8º Por último, la decisión final a la que conduce los dos recursos no tiene la misma autoridad: la decisión de anulación dictada en base a un recurso por exceso de poder, es absoluta: respecto a todos el acto es extinguido. Al contrario, la decisión dictada en base al recurso de plena jurisdicción no tiene sino la autoridad relativa de cosa juzgada, según el derecho común.

212.— La tendencia al acercamiento de los dos recursos. Estas diferencias dejan subsistir algunas similitudes, que han ido desarrollándose en los últimos años (*infra*, Nº 238). Por ello, algunos autores han pronosticado la unificación final del recurso por exceso de poder y del recurso de plena jurisdicción.[86] Pero hasta el presente, los dos recursos conservan su autonomía.

213.— Contencioso objetivo y contencioso subjetivo.[87] Sin entrar en los detalles, es necesario mencionar las tentativas de la Doctrina por clasificar los recursos, no en función de los poderes del juez, sino según la naturaleza propia de la situación jurídica que fundamenta el recurso. Sobre esta base, se distinguen los recursos que tienden al restablecimiento de la legalidad general y *objetiva*, y aquellos que, basados en un derecho *subjetivo*, tienden al restablecimiento de una situación personal que ha sido desconocida. En este último caso, el demandante invoca *su* derecho: en el primero, él defiende *el* Derecho. El recurso, por exceso de poder es el tipo de los recursos objetivos, el recurso de pleno contencioso en sentido estricto, es el tipo de los recursos subjetivos.

86 Es la tesis sostenida por R. Alibert: *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Cfr.*, también: Letourneur: "L'apparition de nouveaux éléments subjetifs dans le recours por excès de pouvoir", *E.D.C.E.*, Nº 7, p. 66.

87 Jèze: "L'acte juridictionnel et la classification du contentieux", *R.D.P.*, 1909, p. 667; Waline: "Vers un reclassement des recours contentieux?", *R.D.P.*, 1935, p. 305; Hébraud: "L'acte juridictionnel et la clasification des contentieux", *Rev. Ac. Lég. Toulouse*, 1949, p. 131; Lampué: "La distinction des contentieux", *Mélanges, Scelle*, T. I., p. 285.

CAPITULO VI

EL PROCEDIMIENTO ANTE LAS JURISDICCIONES ADMINISTRATIVAS

214.— Autonomía y fuentes.[88] Las reglas que gobiernan la interposición, la instrucción y el fallo de los recursos, no son, ante las jurisdicciones administrativas, las mismas que se imponen a las jurisdicciones judiciales: la autonomía del derecho administrativo se afirma tanto en el terreno del procedimiento como en el fondo del derecho. Sin embargo, el procedimiento judicial, ha influenciado ampliamente el procedimiento de las jurisdicciones administrativas.

Este procedimiento varía según las jurisdicciones y también según los recursos. Ante el Consejo de Estado el texto de base es la ordenanza del 31 de julio de 1945;[89] ante los tribunales administrativos, es el Título II del Libro II, del Código de los Tribunales Administrativos (decreto del 13 de julio de 1973), parte reglamentaria, que ha retomado, con algunas reformas de detalle, las soluciones anteriores.[90] Estos textos son completados por principios de origen jurisprudencial, que juegan, en materia de procedimiento, un rol muy importante, siendo el caso que el Consejo

[88] Debbasch: *Procédure administrative contentieux et procédure civile,* 1961; Gabolde: *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse,* 1960; Chaudet: *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse,* 1967; Chapus: "De l'office du juge. contentieux administratif et nouvelle procédure civiles". *E.D.C.E.*, 1977-78, p. 11.

[89] Lenoan: *La procédure devant le Conseil d'État,* tesis, París, 1953.

[90] De Soto: "La procédure devant les tribunaux administratifs", *Act. Jur.*, 1954, I, 41 y 145; Méiean: "La différence entre les procédures devant le Conseil d'Etat et devant les tribunaux administratifs", *E.D.C.E.*, Nº 11, p. 141; "La réforme de la procédure contentieuse administrative", *Rev. adm.*, 1959, Nº 68; Gadolde: *Traité practique de la procédure des tribunau administratifs,* 1974.

de Estado sanciona la violación de estos principios por parte de las Jurisdicciones subordinadas, al mismo título que la de las reglas escritas (*Cfr.*, por ejemplo: en lo que concierne el principio según el cual el Procedimiento es contradictorio, C.E., 11 de marzo de 1960, *Sté des travaux et Carriéres du Maine, D.* 1960, 433). A pesar de estas diferencias, existen caracteres generales, que permiten distinguir el procedimiento ante las jurisdicciones administrativas del procedimiento judicial (Sección I). Se estudiará luego el desarrollo del proceso administrativo desde la fase previa hasta el fallo (Sección II), y finalmente, las vías de recurso (Sección III).

215.— Procedimiento ante las jurisdicciones administrativas y procedimiento administrativo. La noción de procedimiento no es exclusiva de la función jurisdiccional. Las decisiones de los administradores activos pueden estar sujetas a ciertas reglas de procedimiento (encuestas, notificaciones, trasmisión a un organismo consultivo, etc.). No hay que confundir el *procedimiento administrativo no contencioso*, es decir, el conjunto de reglas que rigen la elaboración de los actos de la administración activa, *supra*, Nº 95, con el procedimiento ante las jurisdicciones administrativas, o *procedimiento contencioso*, que será estudiado aquí.

Sección I. Caracteres generales

216.— Enumeración. A. El procedimiento ante los tribunales administrativos es *contradictorio*. Esta característica, que no le es exclusiva, es esencial; cada parte está llamada siempre a presentar sus argumentos sobre lo que es sostenido por la parte adversa. La regla se aplica incluso en materia de recurso por exceso de poder (C. E., 24 de octubre de 1969, *Gougeon*, 12 de noviembre de 1969, *Pasquier, A.J.D.A.*, 1969, p. 707).

B. Es un procedimiento *inquisitorio*. Este tipo de procedimiento se opone al procedimiento llamado *acusatorio*, del que el procedimiento civil constituye el tipo característico, y en el que la diferencia radica en el *rol del juez*: en el procedimiento acusatorio, el juez se limita a seguir el desarrollo de la instrucción, ya que la iniciativa la tienen las partes; en el procedimiento inquisitorio, el juez dirige la instrucción. En la práctica, la acción ante

un tribunal judicial comienza con un emplazamiento dirigido a la parte adversa por el demandante, y continúa con las notificaciones que intercambian los representantes de las partes. En el proceso administrativo al contrario, es al juez a quien se dirige el demandante, es el juez quien se dirige a la parte adversa, es a él a quien son dirigidos los argumentos (*memoire*), de las partes, es él quien los trasmite de una a otra y quien pone fin a este intercambio cuando estima que el caso está en estado de ser juzgado.

C. Es un procedimiento principalmente *escrito.* Consiste en un intercambio de escritos entre las partes; en la audiencia no se les permite presentar observaciones orales; la defensa oral (*plaidoirie*), siempre facultativa, y prácticamente rara ante el Consejo de Estado, sólo pueden versar sobre conclusiones y argumentos contenidos en los documentos escritos (*memoires*), sin aportar elementos nuevos; en fin, el informe, y las conclusiones del comisario del gobierno, son enteramente redactados.

D. El procedimiento judicial por su parte, es un procedimiento menos *formalista,* y relativamente *simple.*

SECCIÓN II. Las grandes fases de la instancia

§ 1. La regla de la decisión previa

217.— A. Definición. Por regla general, el demandante en el proceso civil puede citar la parte adversa ante el juez sin haberla avisado previamente de su intención y haberla invitado a darle satisfacción: es lo que se llama el *derecho de citación directa.*

Ante el juez administrativo, este derecho no existe. El demandante debe dirigirse en primer lugar a la administración; y es solamente cuando se enfrenta a un rechazo total o parcial que podrá recurrir al juez. La *regla de la decisión previa* es pues, la obligación impuesta al demandante, previamente a todo recurso contra la administración, de solicitar de ésta una decisión sobre la pretención que se propone someter al juez. Esta regla es sancionada con la inadmisibilidad del recurso si no viene acompañado de la decisión de la administración.

218.— B. Campo de aplicación.[91] 1º En los recursos de anulación, la regla recibe aplicación automática, ya que el recurso, por definición, supone la existencia de una decisión de la administración; hay pues, siempre y necesariamente, decisión previa sin que el recurrente tenga que suscitarla.

2º En los recursos de plena jurisdicción, la regla alcanza toda su plenitud. El demandante no puede dirigirse al juez sino después que la autoridad competente, recurrida por él, haya rechazado su reclamación; la regla conduce pues aquí, a subordinar el recurso contencioso al ejercicio, y al rechazo, de un recurso administrativo. Inicialmente la regla se aplicaba solamente ante el Consejo de Estado que decidía como juez de derecho común. Desde la reforma de 1953, ha sido extendida a los tribunales administrativos,[92] salvo para los litigios relativos a las obras públicas (decreto del 30 de septiembre de 1953), luego al *conjunto de las jurisdicciones administrativas* (ley del 7 de junio de 1956).

219.— C. Modalidades de aplicación. 1º La autoridad administrativa competente para dictar la decisión previa es, por el Estado, el ministro del que depende el servicio en cuestión.

2º El problema del *silencio de la administración.*[93] La regla de la decisión previa presenta un riesgo: guardando silencio sobre la reclamación formulada, la administración podría hacer imposible el recurso contencioso, por falta de la decisión previa necesaria. La ley del 17 de julio de 1900, ha hecho fracasar esta maniobra: el silencio de la administración, prolongado durante cuatro meses a partir de la reclamación, produce según este texto, una *decisión implícita de rechazo,* y el recurso es posible sobre la base de esta decisión. El Consejo Constitucional ve incluso, en la regla del silencio de cuatro meses, que implica rechazo tácito, un principio general del derecho (C. C., 26 de junio de 1969. *A.J.D.A.,* 1969, p. 663), mientras que el Consejo de Estado le niega esta cualidad (27 de febrero de 1970, *Cne de Buzas, A.J.D.A.,* 1970, p. 232). Sea lo que resulte de esta divergencia, al demandante le basta

[91] R. Guillien: "Décision préalable et distinction des contentieux", *Mélanges, Stassinopoulos,* 1974, p. 259.

[92] Bonneau: "La règle de la decisión préalable devant les tribunaux administratifs", *D.,* 1955, Chr., p. 11.

[93] Gouttenoire: *Le silence de l'administration,* tesis, París, 1932.

probar el envío de la reclamación en una cierta fecha (el recibo del correo es suficiente) para poder, al cabo de cuatro meses recurrir al juez.

3º *Plazo.* La reclamación ante la autoridad administrativa no está sujeta a ningún plazo particular; para el recurso ante el juez, *cfr., infra,* Nº 221.

220.— D. . **Significación de la regla.** 1º El hecho que todo recurso ante el juez administrativo deba estar dirigido contra una decisión, no contradice de ninguna manera la distinción entre el recurso de anulación y el recurso de pleno contencioso. Sin duda este recurso, en virtud de la regla, tiende ante todo a la anulación de la decisión, implícita o explícita, que rechaza la pretensión del demandante; pero además —y es en lo que se distingue del recurso por exceso de poder— tiende al reconocimiento de la legitimidad de esta pretención y a la condena de la administración. La anulación de la decisión previa no es pues, el objetivo final del recurso de pleno contencioso, sino solamente un requisito necesario.

2º La regla de la decisión previa se explica históricamente, como *sobrevivencia de la teoría del ministro-juez.* El Consejo de Estado cuando fue investido de la cualidad de juez de derecho común en lugar del ministro (*cfr., supra,* Nº 134) mantuvo la obligación, para el demandante, de ejercer un recurso previo ante el ministro, perdiendo este recurso el carácter contencioso que tenía anteriormente, reduciéndose a un simple recurso administrativo.

3º Se ha tratado de justificar esta actitud por razones de principio: necesidad de *darle certeza al contencioso* haciendo patente y manifiesta la oposición de las pretenciones del demandante y de la administración, o también como prerrogativa de la administración que le permite no ser llevada ante el juez sino con su consentimiento; ninguna es plenamente satisfactoria.

4º Si la regla de la decisión previa no solamente se ha mantenido, sino además extendido a todas las jurisdicciones administrativas, es en razón de su utilidad práctica: ella conduce a crear una especie de *instancia de conciliación.* (*preliminaire de conciliation*). Si las dos partes son de buena fe, pueden ponerse de acuerdo, economizando un proceso; ellas descargan de esta manera al juez administrativo y llegan a una solución más rápida.

§ 2. El inicio de la instancia[94]

El proceso administrativo comienza por un acto escrito, dirigido al juez, en el cual el demandante le expone su demanda; es el *documento* (*memoire*) *introductor de la instancia*, sujeto a dos series de condiciones.

221.— A. **Condiciones de formas y de plazo.** 1º *Formas.* Estas son *reducidas,* porque el procedimiento ante la jurisdicción administrativa no es formalista. El documento (*memoire*) debe estar redactado en principio en papel sellado; debe enunciar las pretensiones del demandante, y sus fundamentos, es decir, los argumentos por los que pretende demostrar su derecho; debe en fin, estar acompañado del texto de la decisión atacada (o de la prueba de la decisión implícita).

2º *Plazo.* El recurso debe ser formulado *en los dos meses de la decisión atacada.* El plazo corre a partir de la notificación al interesado si se trata de una decisión individual, de la publicación si el acto atacado es un acto reglamentario. En caso de recurso contra una decisión implícita de rechazo, hay que distinguir: si se trata de un *recurso de anulación,* el plazo de dos meses corre a partir de la expiración de los cuatro meses que conllevan rechazo; si, durante estos dos meses, un rechazo explícito interviene, un nuevo plazo de dos meses se abre a partir de esta decisión. Por el contrario, el ejercicio del *recurso de plena jurisdicción,* no está limitado por ningún plazo respecto del rechazo implícito; sólo el rechazo explícito hace correr el plazo de dos meses.

Este plazo es muy breve, para evitar que se produzca una larga incertidumbre sobre la validez de una decisión administrativa. El plazo puede sin embargo, prolongarse si el demandante, durante los dos meses formaliza un recurso de gracia o jerárquico contra la decisión: en caso de rechazo podrá, en los dos meses de la decisión de rechazo, atacar el acto inicial. Sucede igual si en el plazo, ha recurrido por error una jurisdicción incompetente: en los dos meses del fallo de incompetencia, podrá recurrir al juez competente. Pero estas prórrogas no se acumulan. El plazo puede

---

[94] Gilli: *La cause juridique de la demande en justice en droit administratif,* 1962.

ser prolongado además para los recurrentes que están fuera del territorio nacional.

222.— B. **Representación.** En principio, el demandante no puede presentar él mismo su recurso: éste debe ser suscrito por un auxiliar de la justicia, que lo representa. Pero, mientras que ante los tribunales judiciales, las partes, antes de la reciente unificación de las profesiones judiciales (ley del 31 de diciembre de 1971), debían dirigirse a un procurador (*avoué*) y a un abogado, aquí este desdoblamiento no ha existido nunca.

Ante el Consejo de Estado, la representación de las partes es monopolio de los *abogados del Consejo de Estado,* que ejercen igualmente su ministerio ante la Corte de casación; forman una corporación de oficiales ministeriales, titulares de su cargo.[95]

Ante los tribunales administrativos, las partes pueden hacerse representar por los abogados del Consejo de Estado, los abogados de las Cortes y tribunales, o los procuradores (*avoués*) de las Cortes de apelación (que han sido mantenidos por la reforma de 1971); sin embargo, éstos no están autorizados a litigar (*plaider*).[96]

Existen numerosas excepciones a estas reglas. Para reducir los costos, importantes categorías de recursos están dispensados de la asistencia de abogado (*ministère d'avocat*), es el caso de los recursos por exceso de poder. El procedimiento ante la jurisdicción administrativa es pues, en su conjunto, poco oneroso. La ley del 31 de diciembre de 1977 que instituye el carácter gratuito de los actos de justicia se aplica además a las dos órdenes de jurisdicción. No deja a cargo de las partes sino los honorarios de los abogados y eventualmente los gastos de experticia para la parte perdedora, incluso la ley del 3 de enero de 1972, sobre ayuda judicial puede suprimir o atenuar estos costos.[97]

§ 3. Medidas previas a la instrucción

223.— A. **El diferimiento de la ejecución.** 1º *Carácter no suspensivo del recurso.*[98] En principio, el recurso no afecta el ca-

[95] Sobre los abogados en el Consejo de Estado. *Cfr.,* los estudios de M. M. Morillot y De Lapanouse. *Livre Jubilaire,* pp. 351 y 367.
[96] Heurté, "Avocats et tribunaux administratifs", *Act. Jur.,* 1955, I, 98.
[97] Fortier: "La justice administrative est-elle gratuite?". *A.J.,* 1967, p. 150.
[98] Lavau: "Du caractère non suspensif des recours devant les juridictions administratives", *R.D.P.,* 1950, p. 717.

rácter ejecutorio de la decisión atacada; la administración puede continuar su ejecución, aunque el juez haya sido recurrido. Esta regla fundamental constituye una de las prerrogativas del poder público que caracterizan a la acción administrativa. Esta es necesaria: si no existiera, los particulares voluntariamente podrían paralizar la administración ejerciendo recursos desprovistos de todo fundamento. Es al mismo tiempo peligrosa: la ejecución de la decisión puede producir consecuencias irreparables que el fallo, después, no podrá borrar: de allí, la institución, a título excepcional de la *suspensión de la ejecución*.[99]

2º *El procedimiento de suspensión*. Tiende a obtener del juez que ordene a la administración suspender la ejecución hasta que haya decidido el fondo. El Consejo de Estado, a pesar de que un texto le reconoció ese poder (decreto del 21 de julio de 1945, Art. 48), no lo usa sino con una extrema reserva. Exige, para pronunciar la suspensión, que la ejecución deba causar un daño difícilmente reparable (por ejemplo: daño causado a una obra social privada, C. E., 27 de noviembre, 1936, *Houvement social français des Croix de gen, Rec*,. p, 1.039; para un caso en que el daño no ha sido considerado como suficiente, 21 de octubre de 1970, *Dame de Beauvoir, A.J.D.A.*, 1970, p. 617). Sobre todo, subordina su decisión a un primer examen del fondo, acordando la suspensión sólo en caso de que las razones invocadas parezcan serias (C. E., 12 de noviembre de 1938, *Chambre Syndicale des constructeurs de moteurs d'avions, Gr. Ar*., p. 261). Estas soluciones jurisprudenciales han sido codificadas por el artículo 54 del decreto 63.766, del 30 de julio de 1964. A estas condiciones ya severas, el Consejo de Estado ha añadido recientemente otra: se niega a acordar la suspensión de la ejecución de una decisión denegativa, por considerar que esas decisiones no modifican la situación jurídica anterior, y que ordenar su suspensión equivaldría, en ese caso,

[99] Y. Gaudemet: "Remarques à propos du sursis à exécution des décisions administratives", *R.D.P.*, 1973, p. 383; Gleizal: "Le sursis à exécution des décisions administratives", *A.J.*, 1975, p. 381; Daussin-Charpentier: "Pour une nouvelle concepción du sursis à exécution", *A.J.*, 1976, p. 97; Amiel: "Le sursis à exécution des décisions administratives", *Revue de droit prospectif*, 1978, p. 21; Sobre la aplicación del diferimiento en la materia de autorizaciones de despido de representantes de personal de empresas privadas por la inspectoría del trabajo, materia que ha ido adquiriendo mayor importancia en el contencioso administrativo: Saint Sevin: "Les cursis à exécution des décisions administratives en matières de licenciement des représentants du personnel", *Dr. Soc.*, 1978, p. 211.

a obligar a la administración a acordar lo que ha negado, lo que constituiría una intimación que el juez se prohíbe formular (23 de enero de 1970, *Min. des Affaires sociales c. Amoros, A.J.D.A.*, 1970, p. 174).

Finalmente, aun cuando las condiciones legales para la suspensión estén reunidas, el Consejo de Estado le reconoce al juez administrativo un poder discrecional para rechazarla (C. E., 13 de febrero de 1976, *Association de sauvegarde du Quaritier Notre-Dame, A.J.D.A.*, 1976, p. 326); esta decisión especialmente lamentable ya que abandona la suspensión al arbitrio del juez, contradice una tendencia jurisprudencial que, en los últimos años, parecía a su vez favorable al desarrollo de una medida de la cual depende a menudo la eficacia de la decisión sobre el fondo.

El decreto del 30 de septiembre de 1953 (Art. 9º), había acordado a los tribunales administrativos el derecho de ordenar la suspensión, a título excepcional, y excluyendo las decisiones que interesen al mantenimiento del orden, la seguridad, la tranquilidad. Sin embargo, para estas decisiones, la suspensión puede ser solicitada, pero la demanda debe ser formulada ante el Consejo de Estado, aunque la cuestión de fondo depende del tribunal administrativo (C. E., 23 de julio de 1974, *Ferrandiz Gil Ortega, RDP*, 1975, p. 284, nota de Drago). Un decreto del 28 de enero de 1969, limitó esta exclusión al solo "orden público", lo que autoriza a los tribunales administrativos a pronunciar la suspensión respecto a las decisiones que interesan a la seguridad y la tranquilidad (C. E., 13 de junio de 1975, *Beaumé et Cimmino. A.J.D.A.*, 1976, p. 326, y 23 de enero de 1976, *Dame de Muzic, A.J.D.A.*, 1976, p. 154). Ante el Consejo de Estado se abre inmediatamente una apelación contra el fallo de suspensión; el Consejo de Estado por esta vía, ha podido imponer a los tribunales su jurisprudencia anterior sobre el otorgamiento de la suspensión (C.E., 15 de junio de 1954, *Préfet du Var, Rec.*, p. 365); las tentativas de los tribunales administrativos de acordarla más liberalmente se han tropezado con este obstáculo. El Consejo de Estado parece orientarse hacia un menor rigor en lo que concierne la suspensión de la ejecución del permiso de construir (C. E., 12 de diciembre de 1973, *Dames Robinet et Flandre, D.*, 1975, J., p. 216, conclusiones de Braibant). Aunque es evidente que en

este caso, la ejecución interesa al particular que ha pedido el permiso, y no a la administración que lo ha acordado.[100]

224.— B. **Las medidas de urgencia.** 1º *El recurso de urgencia*[101] (*Le référé administratif*). Ante los tribunales civiles, el procedimiento del recurso de urgencia permite al presidente, sin tocar el fondo del litigio, tomar medidas urgentes destinadas a salvaguardar los intereses de las partes.

Ante las jurisdicciones administrativas, el recurso de urgencia tiene un alcance mucho más restringido. El presidente de la sección del contencioso del Consejo de Estado, puede en caso de urgencia, ordenar las medidas útiles, pero solamente "en vista de la solución del litigio" (ordenanza del 31 de julio de 1945, artículo 34); este poder es prácticamente inutilizado.

La ley del 28 de noviembre de 1955, ha querido conferir a los presidentes de los tribunales administrativos poderes más extensos: éstos pueden ordenar "todas las medidas útiles". Pero la medida dictada no puede ni perjudicar a lo principal (lo cual es regla para todo procedimiento de recurso de urgencia), ni obstaculizar la ejecución de ninguna decisión administrativa. Otra limitación, que excluía el recurso de urgencia en las materias que interesan al orden público, ha sido suprimida por un decreto del 28 de enero de 1969. En la práctica, este procedimiento permite sobre todo recurrir de urgencia a experticias contradictorias (C.E., 13 de julio de 1956, *Pieton Guibout, Gr. Ar.*, p. 451). El Consejo de Estado, interpretando de manera muy restrictiva la noción parece querer reducir la utilización del recurso de urgencia (C.E., 12 de mayo de 1965, *Ste de Belly, A. J.*, 1966, p. 126 y la nota), salvo en la materia del control por el juez administrativo de las autorizaciones de despido por motivo económico, que dependen de la Inspectoría del Trabajo, donde se manifiesta, al contrario, una tendencia de utilizar más ampliamente este recurso (C.E., 23 de febrero de 1979, *S. A. Singer, A. J.*, 1979, Nº 7-8, p. 53).

---

100 J. Rivero: "Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives", *Melánges, Kayser*, T. II, p. 379, 1979.

101 Drago: "La procédure de référé devant le Conseil d'État", *R.D.P.*, 1953, p. 297; Gabolde: "A quoi correspond le nouveau référé administratif", *D.*, 1955, Chr., p. 163; De Font-Réaulx: "Le référé administratif", *R.P.D.A.*, 1956, Nº 1 y 2; Méjean: "Référé administratif, sursis à exécution, expertise d'urgence", *Rev. Adm.*, 1954, p. 257; "Le nouveau référé administratif", *Rev. Adm.*, 1955, p. 156.

2º *La constatación de urgencia.* Se trata de un procedimiento, distinto del precedente, que permite a los presidentes de los tribunales administrativos practicar, no una verdadera experticia, sino la constatación rápida de hechos llamados a desaparecer, incluso antes de la apertura de la instrucción (decreto del 10 de abril de 1959, Art. 3º).

§ 4. La instrucción del caso

225.— A. **Esquema general.**[102] La demanda, dirigida al secretario del tribunal, o al secretariado del Consejo de Estado, se registra, y se designan un relator y un comisario de gobierno. La demanda es comunicada a la otra parte, la cual responde por un escrito (*memoire*). En materia de recurso por exceso de poder dirigido contra un decreto ante el Consejo de Estado, la demanda es también dirigida al Primer Ministro, quien puede informar de ello al Consejo de ministros. El intercambio de escritos (*memoire*), se continúa, tratando cada una de las partes de probar la legitimidad de sus conclusiones y de refutar la argumentación adversa. La presentación de escritos está limitada por ciertos plazos; la parte que no los respete se expone, después que el plazo expira, a que sean desestimados por el juez. Cuando el juez estima estar suficientemente informado, pronuncia la clausura de la instrucción.

226.— B. **Las pruebas.**[103] Ante los tribunales administrativos, el Código (Art. R., 317 y ss.), determina con cierta precisión el régimen de los diversos medios de prueba (experticia, encuesta); ante el Consejo de Estado, la prueba es libre. En la práctica, las jurisdicciones administrativas no recurren jamás a la prueba de testigos, y raramente a la experticia. El Consejo de Estado ordenó sin embargo una encuesta previa (18 de abril de 1969, *Vitry A. J.*, 1969, p. 362), e incluso inspecciones oculares (13 de marzo de 1970, *Min des Affaires Culturelles c. Dame Benoist*

[102] Denoix De Saint-Marc y Labetoulle: "Les pouvoirs d'instruction du juge administratis", *E.D.C.E.*, Nº 23, p. 69.

[103] Pactet: *Essai d'une théorie de la preuve devant les juridications administratives*, tesis, París, 1952. Heurté: "L'enquête devant les juridictions administratives", *J.C.P.*, 1952; I. 1.037; Mme. Cadeux-Trial: "La charge de la preuve devant le C.E.", *E.D.C.E.*, Nº 7, p. 85; Colson: *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, 1971.

d' Anthenay, A.J.D.A., 1970, p. 230), soluciones afirmadas por el decreto del 26 de agosto de 1975, Art. 10.

La carga de la prueba incumbe al demandante; sin embargo el juez, en virtud del carácter inquisitorio del procedimiento, puede pedir a la administración que suministre los motivos de la decisión atacada e invertir así la carga de la prueba cuando el recurrente aporta, en favor de su tesis, serios alegatos que constituyen un comienzo de prueba. Como ejemplos típicos de esta manera de proceder, *cfr.*, C. E., 28 de mayo de 1954, *Barel, Gr. Ar.*, p. 428, conclusiones de Letourneur en el *Rec.*, p. 308, C. E., 21 de diciembre de 1950, *Vicat - Blanc, D.*, 1961, p. 421, nota de R. Chapus. Esta técnica ha sido extendida más recientemente a las decisiones de carácter económico en las que la arbitrariedad puede fácilmente introducirse. El juez, en materia económica, no exige ni siquiera un comienzo de prueba dado por el recurrente: él se contenta con "la argumentación" presentada por él. De esta manera espera poder controlar las decisiones económicas más eficazmente que si la carga de la prueba incumbiera al solo recurrente (C. E., 26 de enero de 1968, *Ste Genestal, Gr. Ar.*, p. 546).

227.— C. **La audiencia.** Cuando el caso se encuentra en estado de ser juzgado, tiene lugar la audiencia. Esta es pública, salvo raras excepciones. El relator lee su informe, resumen objetivo de las conclusiones y argumentos de las partes; los abogados pueden presentar observaciones orales, sin añadir nada a los escritos; ante el Consejo de Estado las defensas orales (*plaidoiries*), son excepcionales. El momento esencial de la audiencia es la lectura, por el comisario de gobierno, de sus *conclusiones*. Es conocida ya la importancia de la institución, característica de la jurisdicción administrativa. El comisario de gobierno debe proponer en cada caso, con toda independencia, una solución, situándose bajo el solo punto de vista del derecho. La regla es obligatoria: el Consejo de Estado ha anulado una sentencia de un tribunal administrativo debido a que el comisario de gobierno, en ese caso se había referido a la sabiduría del tribunal en lugar de emitir una opinión (C. E., 13 de junio de 1975, *Andrassé, A. J.*, 1975, p. 477). En el Consejo de Estado, la calidad intelectual de los comisarios de gobierno ha conferido a sus conclusiones, una gran autoridad; éstas han orientado a menudo la evolución de la jurisprudencia.

Las más importantes son publicadas; es indispensable mencionarlas para captar el alcance de las sentencias que se inspiran en ellas; algunas son célebres.[104]

Después de la audiencia, el caso es por lo general sometido a deliberación; la sentencia es leída en una audiencia ulterior; las sentencias del Consejo de Estado son notificadas a las partes por el secretariado (decreto del 13 de abril de 1962).

§ 5. La sentencia. (Le jugement)

228. — A. **Forma de la sentencia.** La decisión, a la que la práctica da el nombre de *arrêt* para el Consejo de Estado, y los textos el de *Jugement* para los tribunales administrativos, se presenta bajo la forma de una frase única: "El Consejo de Estado, visto... considerando... decide: seguido del texto, en artículos, de la solución que se denomina el *dispositivo*. Entre el sujeto y el verbo que forman la proposición principal, se intercalan, antecedidos por el participio «visto», las *visas* (visas), es decir, por una parte, el resumen de las diversas piezas del procedimiento, por otra parte, la indicación de los textos legislativos y reglamentarios que el juez va a aplicar. Luego vienen antecedidos por el participio «considerando...», los *motivos*, es decir, la exposición por el juez, de los argumentos que justifican su solución: desde el punto de vista jurídico, es la parte más interesante de la decisión".

Los motivos, en la tradición del juez administrativo, son a menudo muy concisos, lo que hace difícil la interpretación de su pensamiento.

229. — B. **Contenido de la sentencia.** Se encuentra aquí de nuevo el principio de la *separación de funciones* (*supra*, Nº 133) interpretado por el Consejo de Estado con un rigor particular, no impuesto sin embargo por ningún texto, y que limita de manera lamentable los poderes del juez administrativo. Como consecuencia de esta interpretación:

1º La sentencia no puede sustituir la decisión irregular que anula, por una decisión legal.

---

[104] Dupeyroux: "Le ministère public devant les juridictions administratives", *Mélanges, Mestre*, p. 179; Guillien: "Les commissaires du gouvernement", *R.D.P.*, 1955, p. 281.

2º La sentencia no puede contener *mandatos* dirigidos a la administración, es decir, ordenarle adoptar tal actitud, o dictar tal decisión. El Consejo de Estado vigila muy rigurosamente el respeto de esta regla. Es esta regla la que él invoca para negarse a ordenar la suspensión de la ejecución de una decisión negativa (*supra*, Nº 223). Incluso, ve, en su violación por un tribunal administrativo, una cuestión de orden público, es decir, que, incluso si la administración en apelación no ha pensado en prevalecerse de ella, justifica la censura de la sentencia que ha pronunciado el mandato (C. E., 17 de abril de 1963, *Ministre des Anciens Combattants, D.* 1963, p. 688).

3º La satisfacción acordada al demandante en contra de la administración no puede adoptar sino dos formas: la anulación de un acto, o la condenación a pagar una cierta suma.

4º El máximo que se permite el juez administrativo, cuya timidez es muy grave en este campo, consiste por una parte en indicar, a la administración en los "considerandos" las directrices a seguir para sacar las consecuencias de la anulación,[105] por otra parte brindarle la facultad de escapar de la condena pecuniaria pronunciada contra ella, abandonando la actitud que generó esta condena.

230. — C. Autoridad de la sentencia. 1º Como toda decisión jurisdiccional, las decisiones de las jurisdicciones administrativas poseen la *autoridad de cosa juzgada*: son reputadas conforme al derecho, y los puntos que ellas deciden no pueden ser nuevamente sometidos a juicio.

Normalmente, la autoridad de cosa juzgada es *relativa*: no tiene efectos sino entre las mismas partes, en relación con la misma demanda, apoyada en la misma causa. Pero la autoridad, es *absoluta* en lo que respecta a la anulación de una decisión administrativa pronunciada con fundamento en un recurso por exceso de poder: la decisión deja de existir respecto a todos, y no respecto del solo recurrente.

[105] Ejemplo típico y desgraciadamente raro de esta práctica: C.E., 26 de diciembre de 1925, *Rodière, Gr. Ar.*, p. 189.

[106] Fayolle: *La force exécutoire des décisions de justice vis-à-vis des administrations publiques*, tesis, Nancy, 1936.

2º De la autoridad de cosa juzgada se deriva el carácter obligatorio de la decisión del juez:[106] la administración principalmente tiene la obligación jurídica de conformarse a ella, extrayendo todas las consecuencias que comporta, negativas o positivas. La inclusión de la *fórmula ejecutoria* al final del fallo concretiza esta obligación; si la administración, la evita, comete una falta susceptible de comprometer su responsabilidad; su negativa, explícita o implícita, está viciada de ilegalidad, por violación de cosa juzgada.

231. — D. Ejecución de la sentencia por la administración. La fórmula ejecutoria utilizada por las sentencias dictadas contra la administración presenta una particularidad: ella no ordena a los agentes públicos de "prestar ayuda a la ejecución". En realidad no existen vías de ejecución forzosa contra la administración; si ella se niega, el particular no puede constreñirla. El ejecutivo que, en un estado organizado, retiene el monopolio de la coerción, no podría emplearla contra sí mismo. La ausencia de vías de ejecución resulta, pues, de una imposibilidad a la vez teórica y práctica.

Esta no es absoluta en lo que concierne a las *personas descentralizadas*: la autoridad de tutela, recurrida por el particular puede obligarlas a ejecutar, utilizando principalmente su poder de sustitución.

Pero de parte del *Estado,* la ejecución de las decisiones no es y no puede ser sino *voluntaria*: Esta depende de la conciencia de las autoridades públicas. La práctica revela lamentablemente casos de inejecución,[107] al menos en materia de contencioso de anulación, al negarse la administración a restablecer la situación al estado que se encontraba antes de haber intervenido el acto anulado. A la víctima no le queda sino requerirle al juez indemnización por el daño causado por la inejecución; la administración ejecuta siempre, en efecto —aunque a veces con un gran retardo—,[108] los fallos que la condenan al pago de una indemnización. Pero

[107] El más célebre es suministrado por el caso *Fabrègues, S.,* 1911, III, p. 121, nota de Houriou; *cfr.,* también C.E., 13 de julio de 1962, *Bréart de Boisanger, D.,* 1962, p. 664.

[108] *Cfr.,* las dos sentencias *Caucheteux et Desmonts*: la primera acordó a los recurrentes una indemnización de principio el 21 de enero de 1944; la administración retardó la fijación y el pago hasta que la segunda la condena a cumplir con pago de intereses (dommages-intérêts) compensatorios, el 2 de mayo de 1962, es decir, dieciocho años más tarde (*R.D.P.,* 1962, p. 285).

ella compra, en este caso, con el precio de la indemnización, su libertad de acción respecto a la decisión inicial del juez, que permanece inaplicada.[109] A menudo el propio Parlamento se hace cómplice de la administración, convalidando, por la vía legislativa, un acto reglamentario anulado por el juez, lo que sustrae este acto a todo control posterior.[110]

A estas dificultades de ejecución, que comprometen la eficacia práctica del control jurisdiccional de la administración, de lo que algunos comienzan a preocuparse,[111] la reforma de 1963, aporta diversos remedios.

En adelante, tres vías son organizadas para facilitar la ejecución de las decisiones del Consejo de Estado que implican, sea anulación de un acto administrativo, sea condenaciones a la administración.

1º La inejecución no es siempre imputable a la mala fe: la administración puede no percibir claramente las consecuencias de la sentencia. El ministro interesado puede entonces "pedir al Consejo de Estado aclarar a la administración, las modalidades de ejecución de la decisión" (Decreto del 31 de julio, Art. 58).

2º El Consejo puede, él mismo, "llamar la atención de la administración sobre las consecuencias de la decisión" (*ib.*).

3º En fin, y sobre todo, el recurrente puede, en el término de los tres meses que siguen al pronunciamiento de la decisión que le acuerda satisfacción, señalar al Consejo las dificultades con las que se enfrenta para obtener la ejecución (Art. 59).

Es a la "Comisión de Informe" a quien debe recurrir (*supra*, Nº 197). Su presidente, en los tres casos, puede designar un miembro del Consejo para estudiar el asunto con la administración interesada. Así, a falta de una coerción imposible, la competencia y la

---

[109] *Cfr.*, Tesis Boulard, Paris, 1932, y Laurent, Aix, 1941, Josse: "L'exécution forcée des décisión du juge administratif par la mise en jeu de la responsabilité pécuniaire du service public", *E.D.C.E.*, Nº 7, p. 50.

[110] Lesage: *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, 1960; Auby: "Sur une practique excessive: les validations législatives", *Rev. de dr. prospectif*, 1977, Nº 3-4, p. 10

[111] J. Rivero: "Le huron au Palais Royal", *D.*, 1962, Chr., p. 37; "Le Système français de protection des citoyens contre l'arbitraire à l'épreuve de faits", *Mélanges, Dabin*, 1963, T. II, p. 813; Braibant: "Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir", *E.D.C.E.*, Nº 15, p. 53; "Conditions d'efficacité de la juridiction administrative", *Mélanges, Sayagués Laso*, 1969, p. 873.

autoridad moral del Consejo pueden entrar en juego en apoyo de sus decisiones: el particular (justiciable) no queda abandonado a su suerte. En fin, está previsto que los casos de inejecución podrán ser mencionados en el informe anual, lo que constituye una última presión moral sobre la administración. El Consejo está así dotado, por primera vez, de medios a la vez discretos y, si él quiere, eficaces, para el seguimiento de la ejecución de sus decisiones.[112]

Un decreto del 28 de enero de 1969, ha extendido a las sentencias de los tribunales administrativos el primero y tercero de los procedimientos creados en 1963: luego de una anulación de un acto o de una condena de la administración, el ministro interesado puede pedir al Consejo de Estado de aclarar sobre las modalidades de ejecución, y el recurrente que no obtiene la ejecución, puede luego de tres meses, recurrir a la Comisión de Informe. Puede asimismo recurrir sin demora si la sentencia inejecutada es una sentencia que ordena suspensión de la ejecución (Decreto del 22 de noviembre de 1976).

4º La voluntad de asegurar la ejecución efectiva de las sentencias se ha confirmado, por una parte, en una ley del 24 de diciembre de 1976, y por otra, en un proyecto de ley sometido al Parlamento. Curiosamente, es en *el mediador* (*infra*, Nº 359) que el legislador pensó: la ley precitada (Art. 4º), le confiere el poder, en caso de inejecución de una sentencia, de ordenar a la administración, en cuestión, de conformar su conducta a la sentencia. Se trata pues, de un poder de *mandato* superior al que se le confió a la Comisión de Informe. Por desgracia, la negativa de seguir el mandato no tiene otra sanción que apelar a la opinión por la publicación de un informe especial. Es esta ausencia de sanción la que sería remediada por el proyecto gubernamental, si éste fuera votado: el juez podría condenar a la administración bajo constreñimientos (tanto por día de retraso), y el funcionario que, persistiendo en su negativa, hiciera responsable a la persona pública de la suma correspondiente al retardo, podría a su vez, ver su responsabilidad pecuniaria exigida delante de la corte disciplinaria presupuestaria. Este proyecto aumentaría favorablemente la autoridad del juez

---

112 C. Nême: "L'intervention du juge administratif dans l'exécution de ses décisions", *E.D.C.E.*, Nº 21, p. 41.

respecto de la administración. Pero quizás por esta razón tropieza con resistencias y no haya podido todavía ser adoptado por el Parlamento (marzo de 1980).[113]

SECCIÓN III Los recursos (vois de recours) contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas

Se encuentra de nuevo aquí la distinción clásica del procedimiento judicial entre los *recursos de reforma* (*les voies de reformation*), llevados ante una nueva jurisdicción (apelación, y recurso de casación) y los *recursos de retracto* (*les voies de retractation*), llevados ante la jurisdicción misma de la que emana la sentencia que se desea modificar.

232. — A. La apelación.[114] Es el recurso más importante desde que la reforma de 1953 generalizó, en materia administrativa, la regla de la doble instancia (o doble grado) de jurisdicción. Todas las decisiones de los tribunales administrativos son susceptibles de apelación ante el Consejo de Estado. La apelación está abierta a las partes, y a ellas solas. En materia de recurso por exceso de poder, está abierta a la persona administrativa de la que emana el acto atacado, aunque ésta no tenga en teoría, la cualidad de parte. El plazo de apelación es de dos meses a contar de la notificación de la sentencia.

Contrariamente a lo que pasa en las jurisdicciones civiles, la apelación no tiene *efecto suspensivo*: la parte que ha logrado ganar en primera instancia puede continuar, a pesar de la apelación, la ejecución de la sentencia, salvo si el Consejo de Estado acepta ordenar su suspensión. El artículo 34 del decreto precitado del 30 de julio de 1963, adopta sobre este punto soluciones, por cierto diferentes en materia de exceso de poder y de plena jurisdicción, destinadas a facilitar el otorgamiento de la suspensión cuando es la administración condenada en primera instancia, la que la pide.

---

[113] Sobre Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge *judiciaire* à l'égard de l'administration. Le Berre, *A.J.*, 1979, Nº 2, p. 14.

[114] Feuer "Contribution à la théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative", *R.D.P.*, 1958, p. 19; Letourneur "L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif", *E.D.C.E.* Nº 12, p. 59.

El juez de apelación, dentro de los límites fijados por las petitorias de las partes, dispone, respecto del caso, de los mismos poderes que los primeros jueces: él lo juzga una segunda vez; es lo que se denomina el *efecto devolutivo de la apelación*. Si la decisión apelada no ha decidido sobre el fondo, porque el tribunal administrativo se ha declarado, por ejemplo, incompetente, el Consejo de Estado, después de haber anulado la sentencia de incompetencia, si el demandante consiente en ello, y si el caso se encuentra "en estado", es decir, suficientemente instruido, puede decidir directamente sobre el fondo. Debido a este poder de avocación, el caso no será juzgado sino una sola vez, contrariamente al principio del doble grado de jurisdicción; pero también será juzgado más rápido que si el Consejo de Estado lo reenviara ante los primeros jueces, con la eventualidad de una apelación sobre el fondo ante él.[118]

233.— B. El recurso de casación.[119] 1º *Definición*. El recurso de casación, a diferencia de la apelación, no es un nuevo grado de jurisdicción: él tiende a verificar la conformidad con el derecho una sentencia en última instancia. Si el juez de casación descubre, en la decisión que le es diferida, un vicio jurídico, él la anula y reenvía el caso a la jurisdicción competente para que decida sobre el fondo de nuevo. El recurso de casación se asemeja pues, al *contencioso de anulación*: su rol respecto de las sentencias dictadas en última instancia por las jurisdicciones administrativas, es idéntico al del recurso por exceso de poder respecto de las decisiones de los administradores activos: en los dos casos, hay verificación de conformidad con el derecho, sancionada con la destrucción del acto irregular.

2º *Campo de aplicación*. El recurso se aplica, incluso, sin texto, en virtud de un principio general, y salvo disposición contraria expresa, a toda sentencia dictada en última instancia por una jurisdicción administrativa (C. E., 7 de febrero de 1947, *d'Aillières*, *Gr. Ar.*, p. 303). De lo que resulta:

[118] Drago: L'évocation dans la procédure administrative", *R.D.P.*, 1957, p. 453 y 534.

[119] Dupuy: "Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation", *R.D.P.*, 1960, p. 505; Bariot: "Le recours en cassation devant le C.E.", *E.D.C.E.*, Nº 5, p. 64; Jacquemart *Le Conseil d'Etat juge de cassation*, tesis, Lille, 1956; Peiser: *Le recours en cassation*, tesis, Nancy, 1957.

—que el recurso de casación no concierne ni a las decisiones de los tribunales administrativos, que dependen del Consejo de Estado por la vía de apelación, ni, por supuesto, a las decisiones del Consejo de Estado, mismo, en primera instancia o en apelación;

—que la admisibilidad del recurso de casación está subordinada al carácter de jurisdicción administrativa del órgano del que emana la decisión atacada; este carácter no es siempre evidente, y su reconocimiento puede plantear al Consejo de Estado un problema difícil (*Cfr.*, para el caso del Consejo Superior de la Magistratura cuando estatuye disciplinariamente, C. E., 12 de julio de 1969, *L'Etang, supra,* Nº 153).

3º *Interposición del recurso.* El recurso puede ser interpuesto por cada una de las partes, en los dos meses de la notificación de la sentencia en última instancia. Debe ser obligatoriamente presentado por un abogado del Consejo de Estado. No tiene efecto suspensivo respecto de la sentencia; sin embargo, el Consejo de Estado puede ordenar la suspensión de la sentencia: lo ha hecho en lo que concierne a sentencias del consejo de revisión[117] que niegan a algunos estudiantes la renovación de su suspensión de incorporación militar (C. E., 20 de noviembre de 1959, *Jaouen, D.,* 1961, p. 256, nota de B. Jeanneau); las reglas son las mismas que se aplican a la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa (decreto del 30 de julio de 1963, Art. 54, *supra,* Nº 223).

4º *Motivos del recurso.* El recurso debe indicar la naturaleza del vicio que afecta a la sentencia atacada; éste puede ser, sea la incompetencia del juez que ha decidido, sea la violación de las reglas de procedimiento (vicio de forma), sea el desconocimiento de una de las reglas de fondo aplicables al litigio (violación de la ley). A este último título, el juez de casación, aunque juzgue en derecho y no sobre el hecho, es conducido a verificar la existencia material de los hechos que motivan la decisión; tiende incluso a ampliar su control a la exacta calificación jurídica de esos hechos.

[117] Los consejos de revisión, en esta etapa, eran *jurisdicciones* administrativas. La Ley del 9 de julio de 1975 les suprimió este carácter. Son desde entonces, simples autoridades administrativas y sus decisiones pueden ser atacadas, ya no por el recurso de casación ante el Consejo de Estado, sino por el recurso por exceso de poder. (C.E., 6 de diciembre de 1978· Ruffin, *A. J.,* 1969, p. 32).

La desviación de poder, es decir, el hecho de haber perseguido el autor del acto otro fin que el que debía buscar, no puede ser invocado en apoyo de un recurso de casación.

5º *La decisión.* El Consejo de Estado puede rechazar el recurso sea porque no haya sido regularmente formulado (inadmisibilidad), sea por que el examen de los agravios alegados contra la sentencia haya conducido a reconocer su conformidad con el derecho.

Si por el contrario el Consejo de Estado admite la legitimidad de esos agravios o acusaciones, la sentencia ilegal es anulada, y el caso es enviado de nuevo ante la jurisdicción que había decidido, para que proceda a un nuevo examen, debiendo conformarse su decisión a la legalidad tal como lo ha definido la sentencia del Consejo de Estado (C. E., 2 de julio de 1904, *Botta, Gr. Ar.*, p. 59).

234.— C. Los recursos de retracto. A diferencia de los precedentes, éstos son llevados ante la jurisdicción que ha decidido, y son los únicos que pueden ser ejercidos en contra de decisiones dictadas por el Consejo de Estado; pero algunos pueden también ejercerse ante las otras jurisdicciones. Su importancia práctica es por cierto bastante limitada.

1º La *oposición* es el recurso mediante la cual una persona que no ha comparecido a la demanda puede pedir al tribunal de juzgar de nuevo el caso, esta vez en su presencia; no puede ser formulada sino contra las decisiones del Consejo de Estado, teniendo la parte no compareciente ante el tribunal administrativo el derecho de apelar (decreto del 10 de abril de 1959).

2º La *oposición de terceros.*[118] (*La tierce opposition*). Confiere el mismo derecho a toda persona que no haya sido llamada a la instancia y a la que la sentencia puede afectar sus derechos; contrariamente a la oposición ella se aplica incluso en los tribunales administrativos.

3º El *recurso de revisión.*[119] Tiende a obtener del Consejo de Estado la modificación de una de sus decisiones, cuando se

[118] Kritter: *La tierce opposition en droit administratif*, tesis, París, 1935; Heurté: *D.*, 1955, Chr., p. 67.

[119] Vincent: "Le recours en révision", *R.D.P.*, 1938, p. 423.

revela posteriormente que la decisión ha sido dictada en vista de un dato falso o en ausencia de un elemento decisivo que la parte adversa ha disimulado, o sobre un procedimiento afectado por algunos vicios muy graves.

4º El *recurso de rectificación de error material*. Tiende, como su nombre lo indica, a hacer revisar una decisión que ha sido influenciada por tal error (por ejemplo: error sobre la fecha de la demanda, error en el cálculo de una indemnización).

CAPITULO VII

El recurso por exceso de poder

235.— El recurso por exceso de poder, sanción del principio de legalidad.[120] El valor del recurso por exceso de poder como medio de sancionar la ilegalidad de los actos de la administración se evidencia, cuando se le compara con los otros procedimientos jurídicos, susceptibles de procurar el mismo fin.

1º Los recursos administrativos, de gracia o jerárquicos, pueden basarse en consideraciones de oportunidad y de equidad; ellos no tienden necesariamente a asegurar el respeto de la legalidad por la administración.

2º Existen algunos recursos de anulación por ilegalidad, previstos por los textos para categorías particulares de decisiones; pero el campo de aplicación de estos recursos es muy estrecho. El recurso por exceso de poder al contrario, tiene un alcance general: esta abierto contra todas las decisiones ejecutorias.

3º La cuestión de la ilegalidad de una decisión administrativa puede ser sometida al juez, no a título principal, por la vía de un recurso de anulación sino por vía incidental. El *demandante* puede, en apoyo a su demanda principal, invocar, a título de argumento, la ilegalidad de una decisión: es el caso del cocontratante de la administración que fundamenta una acción de nulidad del contrato sobre la ilegalidad de una deliberación que precede

[120] R. Alibert: *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès du pouvoir*, 1926. Adde Audent: *Contentièux administratif*, III, p. 822 y ss.; *Waline*: "Etendue et limites du contrôle du juge sur les actes de l'administration". *E.D.C.E.*, Nº 10, p. 25.

a su celebración. El *demandado* puede oponer a la acción intentada contra él, un medio extraído de la ilegalidad del acto administrativo sobre el cual se basa la demanda. Es la *excepción de ilegalidad* invocada a menudo ante los tribunales judiciales; si éstos no son competentes para decidir (*Cfr.*, las reglas de competencia en la materia, *supra,* Nº 181 y ss.), la cuestión es sometida al juez administrativo por la vía del recurso de apreciación de la legalidad (*supra,* Nº 209). En todos los casos, la constatación de la ilegalidad no conlleva la anulación del acto; ella conduce simplemente al juez a privarlo de efecto en el litigio que le es sometido. Por el contrario, ella puede ser efectuada en todo momento, mientras que el recurso por exceso de poder no puede ser ejercido sino en el corto plazo de dos meses. Pero la superioridad del recurso reaparece en cuanto a que tiende a hacer extinguir el acto ilegal, de manera retroactiva y respecto a todos.

El recurso por exceso de poder, es pues, la única vía de derecho que permite a los administrados obtener la anulación de toda decisión ejecutoria viciada de ilegalidad. Su nombre no debe crear confusión: el *exceso de poder* no designa otra cosa sino la *no conformidad con el derecho.* Constituye por excelencia la sanción del principio de legalidad. Es por lo que el Consejo de Estado hace de su existencia un *principio general del derecho:* sólo el legislador puede descartarlo para una categoría de actos. Pero en este caso hace falta un texto formal: una disposición que excluya "todo recurso" contra las decisiones a las cuales se refiere, es interpretada por el Consejo de Estado como no incluyendo al recurso por exceso de poder por falta de mencionarlo expresamente (C. E., 17 de febrero de 1950, *Dame Lamotte, Gr. Ar.*, p. 339).

236.— Plan. Dos series de cuestiones se plantean sucesivamente al juez recurrido de un recurso por exceso de poder. El verifica en primer lugar que el recurso haya sido formulado en condiciones regulares, que lo autoricen a conocerlo: es el problema de la *admisibilidad.* Si el recurso es admisible, el juez examina *el fondo,* es decir, verifica la legalidad de la decisión atacada. Se examinarán estas dos fases sucesivas del recurso, después de algunas indicaciones sobre su naturaleza y su desarrollo; se estudiará luego el procedimiento y los efectos del recurso.

SECCIÓN I. Desarrollo y caracteres

Las dos cuestiones están vinculadas: los caracteres actuales del recurso son el resultado de su desarrollo histórico.[121]

237.— A. **Origen y desarrollo del recurso.** 1º Durante el *período revolucionario* en ausencia de toda jurisdicción administrativa organizada, diversos textos preveían recursos de anulación de actos de autoridades administrativas inferiores ante la autoridad administrativa suprema. Después del año VIII, este poder de anulación, esencialmente jerárquico, pasa al Primer Cónsul, luego al Emperador; pero lo ejerce en *Consejo de Estado*. Esta intervención del Consejo de Estado será decisiva: ella transformará progresivamente el recurso jerárquico en un recurso contencioso.

2º Primera etapa en esta transformación: luego de su reorganización de 1831, el Consejo de Estado que hasta allí había acogido los recursos de anulación sin preocuparse de justificar legalmente su competencia, muestra un escrúpulo en perseverar esta actitud: él cree poder encontrar la justificación buscada en una ley de 7-14 de octubre de 1790, dictada para regular una dificultad administrativa particular, y según la cual "las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos son llevados ante el rey, jefe de la administración". Esta ley aunque pareció establecer un recurso puramente jerárquico, fue desde entonces considerada como el fundamento jurídico del recurso por exceso de poder, solución aceptable en el marco de la justicia retenida. Al lado de la incompetencia, el juez admitió como segundo medio de anulación, el vicio de forma, luego después de 1840, la desviación de poder.

3º El *Segundo Imperio* se mostró favorable al recurso, susceptible de suministrar una salida legal a los descontentos de los que todo régimen autoritario teme la fermentación. Un decreto del 2 de noviembre de 1864, lo dispensa de la asistencia de abogado (*ministère d'avocat*). La medida tuvo un triple efecto: au-

[121] Lampué: "Le développement historique du recours pour excès de pouvoir ses origines jusqu au début du XXº siècle", *R.I.S.A.*, 1954, Nº 2; Landon: *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, tesis, Paris, 1942; *Histoire du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, 1962; *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954*, 1968; Imbert: *L'évolution du recours pour excès de pouvior*, 1872-1900.

mentó el número de recursos; obligó al juez, a delimitar el campo de aplicación de la dispensa, y a distinguir mejor el recurso por exceso de poder, del recurso de plena jurisdicción; en fin, ella llevó a anexar al recurso por exceso de poder, limitado hasta entonces al solo control de la legalidad en materia de competencia, de forma, y del fin perseguido, un recurso de anulación distinto, más estricto en sus condiciones de admisibilidad, pero más amplio desde el punto de vista del control de la legalidad, ya que sancionaba de manera general "la violación de la ley". Por el hecho de esta anexión, que aseguraba al antiguo recurso el beneficio de la gratuidad, el recurso por exceso de poder ampliado, se convertía en el medio de control de la legalidad bajo todos sus aspectos.

4º *La ley* de 1872, que puso fin a la justicia retenida, dio al recurso una nueva base que consolidaba su evolución: "El Consejo de Estado decide soberanamente sobre las demandas de anulación por exceso de poder interpuestas contra los actos de las diversas autoridades administrativas"; la fórmula pasó a la ordenanza del 31 de julio de 1945, artículo 32. Sobre esta base, el recurso, de ahora en adelante plenamente jurisdiccional, conoció un gran desarrollo: las condiciones de admisibilidad se fueron ampliando, al mismo tiempo que el Consejo de Estado ampliaba las exigencias de la legalidad.

5º La etapa más reciente de la evolución está marcada por la *reforma* de 1953; el recurso, hasta entonces llevado ante el Consejo de Estado —fuera de algunas hipótesis particulares en que los consejos de prefectura eran competentes— depende desde entonces en primera instancia de la competencia de los tribunales administrativos, salvo las excepciones indicadas, *supra*, Nº 201; el principio del doble grado de jurisdicción se aplica, pues, al recurso por exceso de poder.

238.— B. Caracteres del recurso. 1º Es un recurso *contencioso.* Si inicialmente, resultaba difícil distinguirlo del recurso jerárquico, esta distinción se ha afirmado, desde hace tiempo, en las formas, las reglas de fondo y los efectos del recurso. Es usual sin embargo, explicar por su origen jerárquico la libertad de acción que se le concede al Consejo de Estado respecto de los actos que

le son diferidos. En realidad, el Consejo de Estado manifiesta respecto a ellos, la reserva de un juez y no la autoridad de un superior.[122]

2º Es un recurso basado en la *violación de la regla de derecho*. Se distingue entonces:

—de los recursos de pleno contencioso, basados también, en la violación de una regla, pero solamente en la medida en que de ella resulte el desconocimiento de un derecho subjetivo; sobre esta distinción, *cf.*, *supra*, Nº 211;

—de los recursos administrativos, que pueden basarse en la oportunidad o la equidad.

Pero la noción de legalidad tiene, en el recurso por exceso de poder, un sentido muy amplio, a tal punto que a veces se ha sostenido que el recurso, más que a la legalidad, tendía a un control de moralidad o de oportunidad.[123] La verdad es que el Consejo de Estado, dueño de definir, en una amplia medida, la legalidad que está llamado a hacer respetar, no duda en transformar las normas morales en reglas de derecho, y también algunas bases de apreciación de la oportunidad.

3º Es un recurso de *anulación*. Dirigido contra un acto, tiende a hacer desaparecer este acto de manera absoluta y definitiva, pero no tiende sino a eso, a diferencia del recurso de pleno contencioso que, a través de la anulación de la decisión previa, tiende a la condenación de la persona pública de la que emana.

4º *El problema del carácter objetivo del recurso por exceso de poder*. Se fundamenta este carácter, por una parte, en el hecho que el recurso tiende, no al reconocimiento de un derecho subjetivo, sino a la sanción de una regla de derecho; por otra parte, en el hecho que, es un proceso a un acto, y no a una persona, no implica partes; la anulación, si es decidida, produce efectos *erga omnes*. Sin embargo, el carácter objetivo del recurso se encuentra fuertemente atenuado sobre un punto: se verá que la noción de

[122] R. de Lacharrière: *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, tesis, París, 1937.

[123] *Cfr.*, Hauriou: nota en el *Recueil Sirey*, 1917, III, 25; Welter: *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, tesis, Nancy, 1929.

partes se ha desarrollado al respecto, en particular con la introducción de la *oposición de terceros* (*tierce opposition*) (*infra,* Nº 270) y la de la *apelación* (*infra,* Nº 269). [124]

5º Se puede resumir estos caracteres en la *definición* siguiente:

El recurso por exceso de poder es un recurso contencioso mediante el cual todo interesado puede demandar al juez administrativo de reconocer que una decisión administrativa es ilegal, y pronunciar la anulación.

SECCIÓN II. Las condiciones de admisibilidad del recurso por exceso de poder

Son las condiciones que el recurso debe llenar para que el juez consienta en examinarlo a fondo, es decir, en preguntarse si el acto atacado es legal o no. Si falta una, el juez se niega a continuar; rechaza el recurso como inadmisible. Estas condiciones se vinculan a cuatro órdenes de ideas: la naturaleza del acto atacado, la persona del demandante, el respeto de las condiciones de competencia, de forma y de plazo, y en fin, la ausencia del recurso paralelo.

§ 1. La naturaleza del acto

El recurso no es admisible sino contra *los actos de las autoridades administrativas que contengan una decisión.*

239.— A. **El acto debe ser un acto administrativo.** Se encuentran aquí de nuevo los principios planteados *supra,* Nº 150 y ss., referente a la limitación a la acción administrativa, de la competencia del juez administrativo. En aplicación de estos principios, se excluyen del campo del recurso:

240.— 1º **Los actos de las personas privadas.** El principio no plantea dificultades sino en los casos dudosos, en que la decisión emana de una persona moral cuyo carácter público o privado no es evidente a primera vista: caso del recurso interpuesto contra la decisión de una caja primaria de seguro social que despide a

[124] Letourneur: "L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir", *E.D.C.E.,* Nº 7, p. 66.

uno de sus agentes, de una asociación sindical, etc. Si al órgano del que emana la decisión se le atribuye la cualidad de establecimiento público, el recurso es *a priori,* admisible; en caso contrario, es en principio inadmisible. Sin embargo, el Consejo de Estado, ha negado, el carácter de establecimiento público a los comités de organización del régimen de Vichy y a los colegios (órdenes) profesionales, y al mismo tiempo ha declarado la inadmisibilidad de recursos contra las decisiones dictadas por esos órganos en el cumplimiento de su misión legal (C. E., 31 de julio de 1942, *Monpeurt,* 2 de abril de 1943, *Bouguen,* precitados); sobre esta jurisprudencia y su interpretación, *cfr., infra,* Nº 488.

El principio comporta una excepción importante: el recurso es admisible contra las decisiones de las personas privadas encargadas de la gestión de un servicio público cuando esas decisiones, al vincularse con la ejecución del servicio y al ejercer la potestad pública, son consideradas como actos administrativos (*supra,* Nº 93).

241.— 2º Los actos de las autoridades públicas no administrativas. a) *Actos del Poder Legislativo.* El recurso es inadmisible, no solamente contra la ley, sino además contra las decisiones adoptadas por los órganos del Parlamento, secretaría (*bureau*) o presidente de la Asamblea, comisiones parlamentarias, cuando ellas inciden directamente en su elaboración. Por el contrario, las decisiones que interesan a los servicios administrativos de las asambleas y de sus agentes son ahora, susceptibles de recurso (*supra,* Nº 152).

La inadmisibilidad se limita a los actos que se refieren a la función legislativa en sentido formal. Por lo tanto, el recurso es admisible contra los actos asimilables a la ley, por su contenido y por los poderes que aplica, pero que emanan, sin embargo, de la autoridad gubernamental. La solución ha sido admitida para los reglamentos de administración pública, asimilados durante largo tiempo a la ley debido a que eran dictados por invitación del legislador (C. E., 6 de diciembre de 1907, *Grandes Compagnies de chemins de fer, Gr. Ar.,* p. 75); para los decretos dictados anteriormente por el Presidente de la República en su calidad de "legislador colonial", para los decretos-leyes. También se aplica a los "reglamentos iniciales" dictados por el primer ministro sobre

la base del artículo 37 de la Constitución (*cf.*, *supra*, Nº 55), y a las ordenanzas dictadas en virtud de una ley de habilitación, sea conforme al artículo 38, sea como continuación de un referéndum (*supra*, Nº 62). Hay que destacar la importancia práctica y el liberalismo de estas soluciones, que someten al principio de legalidad la totalidad de los actos que emanan del *Ejecutivo*, por más alto que se sitúen en la jerarquía de los actos jurídicos.

b) *Los actos del Poder Judicial*: sobre este punto, *cfr.*, los principios planteados, y las distinciones recordadas, *supra*, Nº 153 s.

242.— 3º Los actos de las autoridades extranjeras. La autoridad administrativa de la que emana el acto debe ser francesa. La regla es evidente: el juez francés no podría censurar el acto de una autoridad extranjera; para los casos susceptibles de plantear dificultad, *cfr.*, *supra*, Nº 151.

243.— B. El acto atacado debe ser una decisión. La jurisprudencia le aplica la fórmula *decisión que causa agravio* (*décisions faisant grief*), que equivale, con pequeñas diferencias, a la de decisión ejecutoria; el principio comporta dos series de aplicaciones:

1º *Recurso por exceso de poder y contratos.*[125] Ni el contrato administrativo, ni las medidas dictadas para su ejecución, pueden ser objeto del recurso por exceso de poder: el juez del contrato, recurrido por un recurso de plena jurisdicción, es el único competente para el conjunto del contencioso propiamente contractual. El principio se encuentra, sin embargo, matizado por la teoría llamada del *acto separable* (*acte détachable*).[126] En el curso del procedimiento de elaboración del contrato, un cierto número de decisiones dictadas por la autoridad administrativa, por ejemplo, la deliberación del Concejo Municipal que autoriza al alcalde a celebrar contratos, o las decisiones de la comisión de adjudicación, son consideradas como que tienen una individualidad en relación al contrato que ellas preparan; ellas se *separan* de él, y pueden a ese título, ser objeto del recurso por exceso de poder. Pero la anulación permanece sin incidencia directa sobre el contrato mismo (C. E., 14 de agosto de 1905, *Martín*, *Gr. Ar.*, p. 65).

---

[125] Colliard: La notion d'acte détachable", *Mélanges*, *Mestre*, p. 115; Cocatre-Zilgien: "Recours pour excès de pouvoir et contrat dans la jurisprudence du Conseil d'État", *R.I.S.A.*, 1956. A., De Laubadère: *Contrats administratifs*, III.

[126] Charles: *Actes rattachables et actes détachables*, 1968.

2º *Actos que preceden o siguen la decisión.* Los actos que *preparan* la decisión, y marcan las etapas de su procedimiento, no son susceptibles de recurso: así, las instrucciones o circulares del superior al inferior que dictará la decisión, las opiniones dadas por los órganos consultivos, las encuestas, las intimaciones destinadas a recordar al particular una obligación preexistente.

En cuanto a las medidas que *siguen* a la decisión, sin añadir nada, como las notificaciones, las medidas confirmativas que recuerdan la decisión, etc.

3º *Carácter no formal de la noción de decisión.* Se sabe ya que la jurisprudencia no se vincula con ningún signo exterior para admitir la existencia de una decisión. Ella declara admisible el recurso cada vez que estime encontrarse, de hecho, en presencia de un acto de voluntad cierto de una autoridad administrativa. El recurso, es pues, admisible:

—contra el *silencio de la administración* cuando equivale, según la ley, a una decisión de rechazo;

—contra las disposiciones de las circulares e instrucciones que contienen excepcionalmente una decisión;

—contra una decisión puramente *verbal;*

—contra medidas de ejecución que añaden un elemento nuevo a la decisión inicial.

244.— C. Excepciones. Estas reglas comportan muy pocas excepciones:

1º Las *medidas de orden interno.* Bajo este nombre, la jurisprudencia designa un conjunto de decisiones de mínima importancia, dictadas en el funcionamiento del servicio: sanciones militares, pequeñas sanciones escolares, fijación de horarios, etc. El juez, a pesar de que se trata de verdaderas decisiones, se niega a reconocerles tal carácter, en razón de su poca importancia. Las circulares e instrucciones reciben igualmente, en algunas sentencias, la calificación de medidas de orden interno: pero la inadmisibilidad del recurso se explica, en lo que las concierne, por el hecho que ellas no contienen una decisión.[127]

---

[127] Bibliografía, *supra*, p. 95, nota 2.

2º Los *actos de gobierno.* A pesar de ser verdaderos actos administrativos, éstos constituyen una excepción a las reglas precedentes no siendo admisible el recurso contra ellos. Sin embargo, como en materia de contratos, la teoría de los actos separables, tiene aquí aplicación, y el recurso es admisible contra los actos de ejecución de los tratados que no afectan al Estado extranjero (C. E., 29 de noviembre de 1974, *Canino, D.*, 1975, *J.*, p. 333; *cfr.*, *supra,* Nº 156).

3º Las decisiones que se vinculan, por su objeto, con la *gestión privada*: el recurso no es admisible contra los actos que interesan la gestión del dominio privado,[128] ni contra aquellos que tratan sobre las relaciones de derecho privado, fuera en los dos casos, de los actos reglamentarios (*supra,* Nº 166).

§ 2. La persona recurrente

245.— **Principios.** La doble función del recurso —protección de los administrados contra la arbitrariedad y medio de controlar la regularidad de las operaciones administrativas— exigía que fuese accesible al mayor número posible de particulares. No se podía, sin embargo, sin que existiese la posibilidad de cometer abusos, hacer de él una *acción popular*, ofrecida a todo ciudadano contra cualquier acto. La solución adoptada es doble:

1º Subordina el ejercicio del recurso a una condición muy general, la *capacidad de intentar una acción en justicia.* La regla se aplica principalmente a los recursos de personas morales, inadmisibles si éstas no están legalmente constituidas.

2º El recurso no está abierto sino a aquellos que pueden justificar que la anulación que piden presenta para ellos un *interés personal.*

246.— La noción de interés.[129] Mientras que el recurso de pleno contencioso tiende al reconocimiento de un derecho sub-

[128] Para una reciente confirmación de esta solución tradicional: T.C., 25 de junio de 1973, *Office national des Forêts, D.*, 1975, J., p. 350.

[129] Bérard: *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir,* tesis, París, 1932, *Mignon, D.;* 1953, Chr., p. 121, conclusiones, Chenot, bajo C.E., 20 de febrero de 1950, *Gicquel, Rec.,* p. 100; Laligant. "La notion d'intérêt pour agir", *R.D.P.*, 1971, p. 13.

jetivo, y está reservado al titular de ese derecho, el recurso por exceso de poder, recurso objetivo, exige solamente del demandante que *tenga interés* en obtener la anulación. Esto quiere decir, que la decisión atacada debe tener una incidencia sobre su situación personal, que se encontrará mejorada si esta decisión desaparece. El recurso no sanciona, pues, el derecho de todo individuo a que la administración respete la legalidad, como lo haría la acción popular, sino su derecho a no sufrir personalmente la ilegalidad.

247.— **Naturaleza del interés requerido.** En la noción de interés hay un elemento de apreciación subjetiva. La jurisprudencia, en su conjunto, se ha mostrado muy liberal en esta apreciación.

1º El interés invocado puede ser, no solamente *material,* sino además *moral*: interés de los fieles en la celebración de su culto (C. E., 8 de febrero de 1908, *abbé Deliard, Rec.*, p. 127), de los antiguos alumnos de una escuela de altos estudios (*grande école*) en el mantenimiento del prestigio de su escuela, etc.

2º El interés, si bien debe ser *personal*, no tiene necesidad de ser *exclusivo*: la cualidad de usuario de un servicio público (C. E., 21 de diciembre de 1906, *Syndicat du quartier Croix de Seguey— Tivoli, Gr. Ar.*, p. 68), la de contribuyente o de habitante[180] de una comuna (C. E., 29 de marzo de 1901, *Casanova, Gr. Ar.*, p. 35), confieren a aquellos que la poseen un interés suficiente en la anulación de las decisiones relativas al funcionamiento del servicio o a la vida de la comuna; igualmente para las cualidades de elector, de damnificado (C. E., 10 de febrero de 1950, *Gicquel, Rec.*, p. 100).

3º El interés puede ser, no solamente *privado*, sino además *público*: las colectividades descentralizadas, sus órganos, por ejemplo, alcalde, concejo municipal, o incluso miembros aislados de un consejo, tienen cualidad para atacar las decisiones dictadas por la autoridad de tutela cuando éstas atentan al estatuto o a los intereses de la colectividad (C. E., 7 de junio de 1902, *Maire de*

---

[180] Sin embargo, no se admite que el habitante formule recurso sino en el caso que la decisión, teniendo en cuenta la importancia de la comuna, pueda tener una incidencia real sobre su situación (C.E., 6 de junio de 1973, Dame Charlot, *A.J.D.A.*, 1974, p. 327: inadmisibilidad de un ciudadano a acometer contra un permiso de *construir que se refiere a un barrio alejado de su domicilio*).

Néris-les-Bains, Gr. Ar., p. 44). La regla no vale, sin embargo, sino para las autoridades descentralizadas: los agentes jerarquizados no pueden atacar las decisiones de su superior jerárquico, ni siquiera cuando estimen que va en contra del estatuto o del interés del servicio, salvo que conciernan a su carrera.

4º Una sola reserva, en la que reaparece el poder de apreciación subjetiva señalado anteriormente: el interés debe ser *suficientemente importante*. La incidencia de los gastos ilegales decididos por las autoridades locales sobre la situación de los contribuyentes de la comuna o del departamento, es bastante directa para aquellos que tengan interés en atacarlos; pero el Consejo de Estado ha rechazado extender la solución a los contribuyentes del Estado, por considerar demasiado tenue el vínculo entre el gasto criticado y la carga fiscal (C. E., 13 de febrero de 1930, *Dufour, Rec.*, p. 176).

248.— Los recursos de las personas morales. Los principios precedentes se aplican a aquellas que están legalmente constituidas; ellas pueden defender, por medio del recurso, sea sus intereses propios, materiales o morales (atentados a sus bienes, a sus estatutos), sea los intereses colectivos que sus estatutos les dan como misión defender: recurso de un grupo profesional contra las medidas que modifican el estatuto de la profesión, de una liga antialcohólica contra una medida favorable al consumo del alcohol, etc. La regla se aplica incluso a las asociaciones no declaradas, que no tienen personalidad moral (C. E., 31 de octubre de 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance, Rec.*, p. 462). El recurso es admisible incluso cuando la medida que atenta a los intereses colectivos presenta un carácter individual: un grupo de funcionarios puede atacar, no solamente una decisión reglamentaria, que modifica el estatuto, sino además un nombramiento individual que viole ese estatuto. Por el contrario, las agrupaciones no pueden sustituir a uno de sus miembros para atacar la medida individual que daña a éste sin atentar, al mismo tiempo, contra los intereses colectivos; la distinción es a menudo difícil de hacer, principalmente en lo que concierne al derecho de la función pública. El Consejo de Estado no considera que lesionan los intereses colectivos las medidas que atentan contra el estatuto de una categoría solamente de miembros del grupo.

§ 3. Procedimiento, formas y plazos

249.— Sobre estos puntos también las reglas son flexibles, y la jurisprudencia las interpreta en general de manera liberal, con excepción de la preocupación de despejar su rol, lo cual ha provocado por parte del Consejo de Estado, en los últimos años, soluciones más rigurosas.

A. *Jurisdicción competente.* El recurso, desde 1953, es llevado ante el tribunal administrativo, con apelación ante el Consejo de Estado. Para la competencia *ratione loci, cfr., supra,* Nº 205. Por excepción, el Consejo de Estado es recurrido directamente en las materias en que posee una competencia de atribución (recurso contra los decretos, recurso contra las decisiones, sea cual sea la forma, que afectan la carrera de los agentes nombrados por decreto presidencial, recurso contra los actos reglamentarios de los ministros, etc. . . *supra,* Nº 201).

B. *Formas.* Estas son simplificadas al extremo. El recurso se redacta en papel sellado; está dispensado de la asistencia de abogado; debe indicar los motivos de anulación invocados, y estar acompañado de una copia de la decisión atacada.

C. *Plazo.*[131] Es el plazo habitual de dos meses a contar de la notificación o de la publicación del acto atacado, con los casos de prórroga estudiados anteriormente, *supra,* Nº 221.

§ 4. Ausencia de recurso paralelo

250.— A. Noción.[132] Se dice que existe un recurso paralelo al recurso por exceso de poder, cuando un administrado, para obtener la anulación del acto que le causa agravio tiene de conformidad con la ley, otra acción distinta a este recurso, de tal manera que él podría teóricamente escoger entre dos vías contenciosas. Por ejemplo, un agente público al que la administración niega el pago de una indemnización podría demandar, sea mediante un recurso de pleno contencioso, la condenación de la administración al pago de esta suma, sea por un recurso por exceso de poder,

[131] Hosteing: *Le délai du recours pour excès de pouvoir,* tesis, París, 1939.
[132] Guillien: *L'exception du recours parallèle,* 1934.

la anulación de la decisión de rechazo. Igualmente, el contribuyente tiene de conformidad con la ley, un recurso que le permite cuestionar la legalidad de la liquidación de un impuesto que lo afecta, sea ante el juez judicial (contribuciones indirectas), sea ante el juez administrativo (contribuciones directas); ¿puede preferir en vez de éstos, el recurso por exceso de poder dirigido contra la decisión administrativa que constituye el impuesto?

La libertad de escogencia se enfrentó inicialmente con la idea, existente en el régimen de la justicia retenida en la que el soberano es juez del recurso, que éste tenía un carácter *subsidiario;* no se molesta al Soberano cuando se puede recibir satisfacción por otra vía. Pero es otra consideración la que fue determinante: antes de 1953, el Consejo de Estado era el único competente en materia de recurso por exceso de poder, mientras que los recursos paralelos dependían a menudo de otra jurisdicción, principalmente del Consejo de prefectura; ahora bien, el carácter poco costoso del recurso por exceso de poder, la calidad del juez que lo conocería, habrían conducido sin duda a los particulares, libres de optar, a escoger esta vía; el orden de competencias se hubiese trastornado, y el Consejo congestionado.

De estas dos consideraciones, la primera condujo a plantear el principio de la inadmisibilidad del recurso por exceso de poder contra los actos respecto de los cuales el demandante dispone de otro recurso contencioso. La segunda explica la supervivencia de la regla, pero también las atenuaciones sucesivas que han restringido considerablemente hoy en día su aplicación.

251.— B. Alcance. Hay que distinguir según que el recurso paralelo deba ser llevado o no ante el mismo juez del recurso por exceso de poder, es decir, normalmente, ante el tribunal administrativo.

1º En el primer caso, la libre escogencia dejada al administrado no trastorna la repartición legal de competencias: sea cual sea la vía escogida, ella lo conduce ante la misma jurisdicción. La negativa de aceptación de la demanda por la existencia del recurso paralelo está pues descartada, y el recurso por exceso de poder es admisible (C. E., 8 de marzo de 1912, *Lafage, Gr. Ar.,* p. 104, para el recurso por exceso de poder interpuesto por un funcionario contra una negativa de indemnización). Esta solución ha signifi-

cado un cierto acercamiento del recurso por exceso de poder y el recurso de pleno contencioso, ya que, en el caso considerado, el fin perseguido por las dos vías era finalmente el mismo, a saber, el reconocimiento del derecho a indemnización del funcionario. Sin embargo, el demandante, por el recurso por exceso de poder, puede solamente pedir la anulación de la decisión de rechazo, no la condenación de la administración al pago de la indemnización, y debe basarse exclusivamente sobre la no conformidad de la decisión con la ley.

2º Si el recurso paralelo debe ser llevado ante otra jurisdicción distinta a la del recurso por exceso de poder, por el contrario, éste es declarado inadmisible, bajo dos reservas:

a) La admisibilidad no es opuesta sino en caso de que el recurso paralelo deba procurar al demandante una satisfacción tan completa como la del recurso por exceso de poder. Por ejemplo, el recurso es admisible contra una decisión de una autoridad local que crea un impuesto, aunque èl particular pueda hacer anular por la vía del contencioso fiscal la liquidación irregular que se le impondría sobre esta base: en efecto, la anulación del impuesto ilegal le procura una satisfacción definitiva, superior a la simple anulación de la liquidación irregular.

b) La inadmisibilidad no se opone en el caso del *acto separable*. El contrato administrativo, se ha visto, puede estar precedido de decisiones unilaterales, tales como la autorización de contratar dada al alcalde por el Concejo Municipal; aparte que el cocontratante tenga la posibilidad de pedir al juez del contrato la anulación de éste, la jurisprudencia le reconoce el derecho de dirigirse contra los actos separables ante el juez del exceso de poder.

SECCIÓN III. Los casos de anulación

§ 1. Generalidades

252.— La clasificación tradicional. Se denomina casos de anulación o casos de apertura, las diversas formas de ilegalidad cuya constatación conlleva la anulación de la decisión atacada. La ilegalidad puede, según la clasificación tradicional, revestir

cuatro modalidades: la *incompetencia,* el *vicio de forma,* la *desviación de poder* y la *violación de la ley.*

Esta clasificación es de origen histórico. Inicialmente, las únicas ilegalidades que el juez aceptaba sancionar eran aquellas que se referían a los elementos externos del acto: la incompetencia, luego el vicio de forma. Hacia 1840, aparece la desviación de poder, que extiende el control del juez al fin perseguido por el acto. En cuanto al contenido mismo del acto, o su objeto (*supra,* Nº 104), la legalidad no podía ser cuestionada por el recurso por exceso de poder, sino por un recurso de anulación distinto, abierto —a diferencia del recurso por exceso de poder— a aquellos únicamente que podían justificar que la decisión atacada los lesionaba en sus derechos subjetivos: este recurso se basaba en "la violación de la ley y de los derechos adquiridos".

Después de 1864, se quiso extender a este recurso las ventajas acordadas al recurso por exceso de poder; la violación de la ley de los derechos adquiridos dejó de ser objeto de un recurso distinto, para convertirse en el cuarto caso de apertura. Durante un cierto tiempo, esta forma de ilegalidad, a diferencia de las otras tres, continuó sin poder ser invocada sino por el demandante lesionado en su derecho subjetivo; esta exigencia desapareció definitivamente, y la violación de la ley no se distinguió más de los otros casos de anulación, sino por su gran extensión. Con ésta, el recurso termina en convertirse en la sanción de la ilegalidad bajo todas sus formas, externas e internas.

253.— Valor de la clasificación tradicional. Se la ha criticado. Es cierto que ella procede de la historia, y no de un análisis sistemático de los elementos del acto y de los vicios que pueden afectar cada uno de ellos. Tal análisis, se ha visto, conduce a otra clasificación de los diversos tipos de ilegalidad.[133]

Pero, por una parte, la clasificación tradicional es obra de la jurisprudencia: en el plano contencioso tiene por tanto un valor práctico. Además, ella ha pasado al derecho positivo de varios países extranjeros, al de las comunidades europeas, lo que hace poco oportuno su abandono. Finalmente y sobre todo, es sorpren-

[133] Gazier: "Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir", *E.D.C.E.,* Nº 5, p. 77; M.J. Guédon: "La classification des moyens d'annulation des actes administratifs". *A.J.,* 1978, p. 82.

dente, dado su origen, constatar que tiene una fuerza lógica cierta; las clasificaciones sistemáticas, luego de haberla criticado enormemente, se distancia muy poco de ella; es pues la que retendremos aquí.

254.— Reglas cuyo desconocimiento es susceptible de ser invocado en apoyo al recurso. Sea cual fuere el vicio invocado por el demandante, la regla de derecho violada puede pertenecer a cualquiera de las categorías que constituyen el bloque de la legalidad (*supra*, Nº 76). Es el conjunto de reglas jurídicas aplicables al acto considerado y cuya violación por la administración, es sancionada mediante el recurso por exceso de poder. El particular puede, pues, invocar en apoyo de su recurso:

—la violación de la Constitución, de las leyes orgánicas, de las leyes ordinarias, de las ordenanzas;

—la violación de los tratados internacionales regularmente promulgados, con excepción de todo problema de interpretación;

—la violación de los reglamentos, según su jerarquía;

—la violación de las disposiciones de naturaleza reglamentaria contenidas en actos que no son dictados en la forma normal del reglamento. Es el caso, por una parte, de las disposiciones de carácter reglamentario incluidas en una circular; la administración está obligada a respetarlas. Es por otra parte, el caso de las cláusulas reglamentarias insertas en el pliego de condiciones (*le cahier des charges*) anexado a un contrato administrativo; por ejemplo, las cláusulas del pliego de condiciones de una concesión de tranvías sobre las reglas de organización del servicio: los usuarios, si la administración se niega a hacer funcionar el servicio conformemente a estas reglas, pueden atacar esta negativa (C. E., 21 de diciembre de 1906, *Croix de Seguey - Tivoli*, precitada). La regla no se aplica sino a las disposiciones *reglamentarias* del pliego de condiciones: la violación de una cláusula propiamente contractual no puede jamás ser invocada en apoyo a un recurso por exceso de poder;

—la violación de los principios generales del derecho, que encuentra aplicación en un gran número de casos, y principalmente: la violación del principio de la autoridad de la cosa juzgada,

que fundamenta la anulación de los actos dictados en contradicción con una decisión jurisdiccional, la violación del principio de la no retroactividad de los actos administrativos (*supra*, Nº 101), la violación del principio de la intangibilidad de los actos que crean derechos (*supra*, Nº 103).

Según que conciernan a la competencia, la forma, el fin perseguido, o el contenido del acto, la violación de estas diversas reglas es constitutiva de uno de los casos de anulación correspondientes.[234]

§ 2. La incompetencia

255.— A. Definición. Es el vicio que afecta a una decisión cuando su autor no tenía el poder legal de dictarla.

De todas las formas de ilegalidad, es la más grave: los agentes públicos no tiene poder sino con fundamento y en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de *orden público*: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo a su demanda. Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente.

256.— B Formas. La incompetencia comporta *grados:*

1º *El autor del acto no tenía la cualidad de agente público.* Es la forma más grave. El acto en este caso, no es simplemente nulo sino *inexistente*, bajo reserva de la aplicación de la teoría del *funcionario de hecho*: se considera como tal, tanto al individuo que, nombrado ilegalmente en una función pública, ha podido considerarse —y ser considerado por los administrados— como regularmente investido hasta la anulación de su nombramiento, y ha actuado en consecuencia, como al particular que, en caso de crisis grave, sustituye espontáneamente a las autoridades administrativas faltantes; sus actos se asimilan a los de los agentes regularmente investidos.

2º El agente público ha actuado *fuera de las atribuciones de toda autoridad pública*: es el acto "manifiestamente insusceptible

234 Letourneur· "L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir", *E.D.C.E.*, Nº 16, p. 51.

de vincularse con un poder legal de la administración" (*supra,* Nº 173). Su ejecución puede ser constitutiva de *vía de hecho.*

3º El agente administrativo ha usurpado la competencia del *legislador* o del *Poder Judicial.* La usurpación de la competencia legislativa ha tomado, desde 1958, una importancia cada vez mayor. El Consejo de Estado, por esta vía, sanciona los atentados que el gobierno puede realizar a las atribuciones que el artículo 34 reserva al Parlamento (*supra,* Nº 56).

4º La forma más corriente de incompetencia es aquella en la cual el autor del acto ha usurpado la competencia de *otra autoridad administrativa*; ella puede incluso revestir múltiples formas:

a) Usurpación entre autoridades de *naturaleza diferente,* por ejemplo, entre órgano deliberante y órgano ejecutivo: es el caso del alcalde que decide en lugar del Concejo Municipal, o a la inversa.

b) Usurpación entre autoridades de la *misma naturaleza* y del *mismo rango,* sea *ratione materiae* —por ejemplo, en las relaciones de dos ministros— sea *ratione loci* —por ejemplo, en las relaciones de dos prefectos de departamentos vecinos— sea *ratione temporis*:[185] es el caso cuando un ministro, antes de abandonar sus funciones, nombra por anticipado a un funcionario, usurpando así la competencia de su sucesor; igualmente, un gobierno dimisionario se anticipa sobre la competencia del siguiente si en lugar de limitarse a despachar los asuntos corrientes, toma decisiones nuevas, que la costumbre constitucional reserva al sucesor (C. E., 4 de abril de 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, Gr. Ar.,* p. 390).

c) Usurpación entre *autoridades jerarquizadas*: es el caso del inferior que toma una decisión que depende del superior sea *proprio motu,* sea a continuación de una *delegación* ilegal que le ha sido hecha por el superior. En principio, las competencias deben ser ejercidas por su titular legal; no se delegan, salvo autorización expresa de la ley. El acto dictado bajo una delegación ilegal emana, pues, de un agente incompetente. Hace falta distinguir también entre la *delegación de poder,* impersonal, por la que un superior se desprende totalmente de la responsabilidad de la decisión, y la *delegación de firma nominativa,* que deja al delegante la res-

---

185 Auby: "L'incompeténce *ratione temporis*", *R.D.P.,* 1953, p. 5.

ponsabilidad de la decisión. En la práctica, las delegaciones ilegales son uno de los casos más frecuentes de anulación por incompetencia.

La incompetencia vicia igualmente al acto del superior que sustituye al inferior para decidir en su lugar. El superior dispone del poder de instrucción, antes del acto, del poder de reforma o de anulación, después, bajo reserva de los derechos adquiridos; pero no puede despojar al subordinado de su competencia legal. Igual sucede cuando la autoridad de tutela decide en lugar de la autoridad descentralizada, fuera de los casos en que la sustitución está autorizada.

5º Finalmente, el error sobre la competencia puede resultar de que un agente haya permanecido *apartado de los límites de su competencia* rehusando tomar una decisión para la que no se creía competente cuando sí lo era realmente.

§ 3. El vicio de forma

257.— A. Definición.[136] Todo acto administrativo está sujeto a un cierto *formalismo*: debe ser dictado, después de un procedimiento, en unas formas determinadas. El vicio de forma resulta del desconocimiento de las reglas que fijan, para cada acto, este procedimiento y estas formas. La utilidad de las reglas del procedimiento es evidente, sea que aporten garantías a los particulares (encuesta previa que les permita hacerse oír, publicidad, respeto de ciertos plazos, etc.), sea que permitan a la administración decidir con conocimiento de causa (opiniones de organismos consultivos, trasmisiones, etc.). Sin embargo, todas estas reglas no tienen el mismo valor; existe entre ellas una jerarquía de hecho que se refiere no solamente a su fuente, según que se deriven de un acto reglamentario, de una ley o de un principio general, sino además a su eficacia real. La jurisprudencia se niega, pues, a someter a la administración a un formalismo paralizante sancionando con la anulación, el desconocimiento de cualquiera de esas reglas. La jurisprudencia distingue entre ellas; solamente algunos vicios de forma son constitutivos de ilegalidad.

---

136 Berlia: "Le vice de forme", *R.D.P.*, 1941.

258. — B. Aplicaciones. La jurisprudencia para decidir cuáles violaciones de formas provocarían la anulación, se sitúa bajo diversos puntos de vista:

1º La importancia absoluta de las formas: se distingue las *formalidades sustanciales* cuya omisión o cumplimiento irregular conlleva en principio la anulación, y las *formalidades accesorias,* que permanecen sin influencia sobre la validez del acto.

2º El objetivo de la formalidad. Algunas formalidades son establecidas para dar *garantías* a los administrados: éstos pueden evidentemente prevalerse de su omisión. Pero no podrían invocar el desconocimiento de formalidades instituidas en interés de la propia administración.

3º El efecto eventual de la formalidad: ¿Es ella susceptible de cambiar el sentido de la decisión? Su omisión es entonces constitutiva de vicio de forma.

4º Las circunstancias de hecho que han acompañado o seguido la elaboración del acto. El vicio de forma puede ser cubierto por las circunstancias: la urgencia, una situación excepcional que haga difícil el cumplimiento de las formalidades; se encuentra de nuevo aquí la aplicación de los principios indicados *supra,* Nº 84 y ss.

Sucede igual si es el administrado mismo quien ha obstaculizado el respeto de las formas por la administración (por ejemplo: omitiendo indicar su dirección, lo que impide así una notificación).

Finalmente, el vicio de forma —a diferencia de la incompetencia— puede ser cubierto en ciertos casos por el cumplimiento ulterior de la formalidad omitida.

§ 4. La desviación de poder

259.— A. Definición.[137] La administración, a diferencia del particular que escoge libremente el objetivo de sus actos, se ve imponer la finalidad que su acción debe perseguir. De manera general ella no debe ejercer nunca sus competencias sino en vista de la satisfacción del interés público, en virtud de un principio general de derecho. De manera más precisa, los textos asignan a ciertas competencias un objetivo preciso: los poderes de la policía

[137] Vidal: "L'évolution du détournement de pouvoir", *R.D.P.*, 1952, p. 275.

tienen por finalidad asegurar el mantenimiento del orden; el procedimiento de alineación tiene por finalidad fijar los límites de una vía pública, etc.

La desviación de poder es el vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento de estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que el derecho le asignaba, desviando así el poder que le fue confiado, de su fin legal.

El control jurisdiccional, limitado, con la incompetencia y el vicio de forma, a la legalidad externa del acto, se extiende, con la desviación de poder, a un elemento interno, ya que es sobre las intenciones profundas de su autor que el acto va a ser juzgado. Hay allí, pues, de parte del juez, una actitud particularmente audaz, sobre todo que ha sido él mismo quien ha elaborado (*degagé*) la regla según la cual la administración no puede separarse del interés general. Es por lo que algunos autores, como Hauriou, han estimado que el control del fin perseguido, sobrepasa la legalidad y se refiere a la moralidad de la acción administrativa: es tener, de la legalidad, una visión demasiado estrecha.

260.— B. Aplicaciones. 1º El caso más evidente de desviación de poder es la búsqueda por el autor del acto de un fin *extraño al interés general*: satisfacción de una enemistad personal, pasión política o ideológica (*cfr.* todas las medidas de policía de cultos dictadas por el anticlericalismo), defensa de intereses privados (C. E., 14 de marzo de 1934, *Delle Rault, Rec.*, p. 337, que anuló la reglamentación de los bailes públicos por un alcalde, dueño de un albergue, que lograba prohibirlos en todos los establecimientos menos en el suyo), fuera del caso en que esta prohibición está conforme por sí misma al interés general, por ejemplo, al facilitar el desarrollo de un conjunto industrial privado importante en la economía de la región (C. E., 20 de julio de 1971, *Ville de Sochoux, A. J.*, 1972, p. 227).

2º Hay desviación de poder cuando el objetivo o fin perseguido aunque de interés general, no es el *objetivo preciso que la ley asigna al acto*. El ejemplo típico es el de la utilización por el alcalde de sus poderes de policía, en vista no de mantener el orden, sino de aumentar los recursos de la comuna.[158] (C. E., 4 de julio

[158] Coutelau: *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier*, tesis, París, 1947.

de 1924, *Beaugé,* p. 641: al prohibir a los bañistas de desvestirse en otra parte que no fuera en las cabinas municipales existentes en la playa y en las que había que pagar; el alcalde tuvo en cuenta no la decencia pública, sino el interés financiero de la comuna).

La desviación de procedimiento,[139] es una variedad de esta forma de desviación de poder: la administración, que dispone de un procedimiento legal en vista a un cierto fin, pretende alcanzarlo por otro procedimiento destinado a un fin diferente, pero que juzga más práctico en el caso (por ejemplo: la utilización por un prefecto del procedimiento de embargo al cual no puede recurrir, sino como oficial de policía judicial para preparar la represión de un delito de prensa, mientras que el objetivo perseguido —prevenir la difusión de los diarios embargados— exigía el empleo de otro procedimiento de embargo de naturaleza administrativa;[140] C. E., 24 de junio de 1960, *Le Monde et Soc Franpar, Gr. Ar.,* p. 496).

261. — C. Dificultades de apreciación. La investigación de la desviación de poder se enfrenta con dos dificultades. La primera concierne a la *determinación del fiel legal,* cuando la ley no lo precisa; el juez no vacila, en algunos casos, en determinar el mismo fin, según las circunstancias que han precedido la elaboración de la ley. La segunda dificultad se sitúa en el terreno de la prueba. La intención es un elemento sicológico difícil de delimitar, salvo cuando el autor lo explica abiertamente, lo que será más raro mientras menos confesable sea.[141]

El Consejo de Estado, después de haber exigido al comienzo que la desviación de poder resultara del acto mismo, admite que la prueba se derive de diversos elementos del expediente: otras piezas escritas, circunstancias en las que el acto apareció, inexactitud de los motivos alegados que dejan traslucir el verdadero objetivo, etc. Se busca menos una prueba manifiesta que una convicción, que puede ser resultado de "un haz (*faisceau*) de índices

---

[139] Raynaud: *Le détournement de procédure,* tesis, París; G. Camus: *R.D.P.,* 1966, p. 65; Goy: "La notion de détournement de procédure", *Mélanges, Eisenmann,* 1975, p. 321.

[140] Galmot: "Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés", *E.D. C.E.,* N° 13, p. 57.

[141] J. Lemasurier: "La preuve dans le détournement de pouvoir", *R.D.P.,* 1959, p. 36.

convergentes" (C. E., 28 de marzo de 1945, *Devouge, Rec.*, p. 64). Sin embargo, estas dificultades de prueba explican la relativa *declinación de la desviación de poder*: desde que el Consejo de Estado ve una causa de anulación en la inexactitud material de los motivos alegados por la administración, a los recurrentes les es más fácil obtener la anulación por esta vía que por la de la desviación de poder, que exige no solamente la prueba de la inexactitud del motivo invocado, sino además la del objetivo real. Además, el desarrollo de las preocupaciones económicas en la acción administrativa ha conducido al juez a desistir de su rigor respecto a la toma en consideración de estas preocupaciones en apoyo de una medida de policía (C. E., 29 de enero de 1932, *Sté des autobus antibois, Gr. Ar.*, p. 207). En el estado actual de la jurisprudencia, la desviación de poder no juega, pues, más que un rol subsidiario, y las decisiones de anulación basadas en este caso de apertura son raras (*cfr.*, sin embargo, C. E., 13 de noviembre de 1970, *Lambert, A.J.D.A.*, 1971, p. 53).

§ 5. La violación de la ley

262.— A. Definición. Ya se ha recordado el origen de este caso de apertura. Es de los cuatro, el más amplio; sanciona, en efecto, la violación de todas las reglas —fuera de las reglas de competencia, de forma y de fin— que se imponen al autor del acto; es decir, en la práctica, aquellas que se refieren a su contenido mismo (objeto del acto) y a los motivos de hecho y de derecho en los que se basa. Es pues, mediante la violación de la ley que el recurso por exceso de poder sanciona el principio de legalidad en su conjunto, entendiendo que la palabra *ley* no debe conducir a equívocos, y que las reglas cuyo desconocimiento puede ser invocado en vista a este medio, pueden pertenecer a cualquiera de las categorías enumeradas *supra*, Nº 76.

263.— B. Modalidades: el error de derecho. La violación es directa cuando la administración ha actuado como si la regla no existiera, no teniéndola en cuenta. Hay violación por *falsa interpretación* cuando la administración, conociendo la regla, le ha dado una interpretación que el juez estima errónea. Cuando el texto escogido por ella como fundamento de la decisión no se

aplicaba a ésta, la jurisprudencia emplea a veces la expresión *falta de base legal*, para esta forma particular de violación de la ley.[142]

Hay igualmente error de derecho cuando la administración, de conformidad con la ley tiene la facultad de decidir tomando en consideración los elementos propios de cada caso concreto, limita ella misma este poder fijando, para las decisiones consideradas, normas generales, que aplica dispensándose del examen de las situaciones particulares. En este caso, la decisión es anulada (C. E., 23 de mayo de 1969, *Sté. Distillerie Brabant*, *AJDA*, 1969, p. 640). En materia económica, sin embargo, la administración puede definir para sí misma, por vía de directrices "normas de orientación", en vista a ejercer el poder discrecional que la ley le reconoce. La referencia a estas normas, en la medida en que no excluya la toma en consideración de las situaciones particulares, no vicia las decisiones de error de derecho (C. E., 11 de diciembre de 1970, *Crédit foncier de France*, *Gr. Ar.*, p. 550).[143] Sobre la noción de directriz, *cfr.*, *supra*, Nº 92.

264.— C. El control de los motivos de hecho. 1º *Planteamiento de la cuestión.* El recurso por exceso de poder tiene por objetivo exclusivo verificar la conformidad de los actos administrativos al derecho. Se podría concluir que la apreciación de los hechos que motivan esos actos depende del poder discrecional, y escapa a todo control jurisdiccional. Pero la separación entre los hechos y el derecho es a veces difícil de delimitar. Sucede frecuentemente que la ley misma hace de una situación de hecho la condición necesaria de un acto; la administración no está habilitada a dictar el acto sino cuando esta situación de hecho existe. En semejante caso es imposible apreciar la legalidad del acto sin examinar en cuanto a los hechos invocados, su existencia, su conformidad con las previsiones legales, no dependiendo entonces del poder discrecional, sino de la competencia reglada, por tanto del examen del juez. Por ejemplo, la ley otorga a la administra-

[142] Drago: "Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir", *E.D.C.E.*, Nº 14, p. 27.

[143] Megret: "De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire", *E.D.C.E.*, Nº 7, p. 77, H. T. C.: "De l'arrêt Sté Génestal à l'arrêt Crédit Foncier de France", *A.J.D.A.*, 1971, p. 196; Amiel: "L'examen particulier des circonstances", *Rev. de dr. prospectif*, 1979, p. 25.

ción el derecho de requisar los locales de habitación en las comunas en las que existe *grave crisis de alojamiento;* el ejercicio legal del derecho de requisición está, pues, subordinado a la existencia de esta situación de hecho, que el juez verifica (C. E., 9 de enero de 1948, *Barbedienne, Rec.,* p. 15). La jurisprudencia en su acción creadora ha multiplicado los casos en los cuales el ejercicio regular de una competencia está así condicionado por ciertas situaciones de hecho, cuyo examen por tanto, depende del control jurisdiccional. Esto no modifica el carácter de ese control, que permanece siendo un control de la legalidad; el juez no examina los hechos en vista a apreciar la oportunidad de la decisión, sino solamente en la medida en que este examen condiciona la legalidad del acto.[144]

265.— 2º Aplicaciones. a) El control del juez trata siempre sobre la *exactitud material de los motivos de hecho.* Si el hecho sobre el cual el acto declara basarse no se ha producido, el acto, en ausencia de motivo legal, pierde su justificación. Por ejemplo, un funcionario es sancionado con una medida disciplinaria por propósitos que en realidad él no ha tenido; la medida reposa sobre un motivo materialmente inexacto, y es por ello, ilegal.

Esto es así, no solamente cuando la ley precisa ella misma los hechos que condicionan al acto, sino además, cuando la administración, sin estar obligada, declara que basa su decisión sobre una cierta situación de hecho: si esta situación no existe, los motivos que la administración misma ha atribuido a su acto, desaparecen y el acto es anulado (C. E., 20 de enero de 1922, *Trépont, Rec.,* p. 65: prefecto licenciado [*mis en congé*] "en base a una petición suya" cuando en realidad él no lo había solicitado); el Consejo de Estado explica a veces estas soluciones por la noción de "causa jurídica inexistente".[145] Por más amplio que sea el poder discrecional de la administración en un acto, la exactitud material de los motivos, cuando la administración los ha hecho conocer, depende pues, siempre del control del juez.

---

[144] Sobre el conjunto del problema Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'État,* tesis, París, 1922; Goldenberg: *Le Conseil d'État, juge du fait,* tesis, París, 1932; Dubisson: *Légalité et opportunité dans le recours pour excès de pouvoir,* tesis, París, 1955, Waline: 'Étendue et limites du contrôle du juge administratif', *E.D.C.E.,* Nº 10, p. 25; Letourneur: "L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir", *E.D.C.E.,* Nº 16, p. 51.

[145] G. Vedel: *Essai sur la notion de cause en droit administratif,* tesis, Toulouse, 1934; Charlier: "La cause dans la jurisprudence récente", *J.P.P.,* 1950, I, 871.

b) *La calificación de los hechos.* La ley puede precisar los caracteres que debe presentar la situación de hecho que permite a la administración actuar. En este caso, no basta, para que el acto sea legal, que los hechos invocados existan materialmente, hace falta además que reúnan dichos caracteres; si la administración los ha apreciado inexactamente, el juez censura este error. La administración, por ejemplo, puede imponer ciertas limitaciones a los propietarios de inmuebles con el fin de salvaguardar "las perspectivas monumentales"; la medida no es legal sino en caso que el sitio urbano al cual se aplica merezca la calificación de perspectiva monumental; si la administración atribuye esta cualidad a un sitio desprovisto de los caracteres que permitirían clasificarlo en la categoría de las perspectivas monumentales, la decisión es ilegal (C. E., 4 de abril de 1914, *Gomel, Gr. Ar.*, p. 124; 2 de mayo de 1975, para un "sitio pintoresco", *Dame Ebri, AJDA*, 1975, p. 311).

c) Entre el control de la calificación de los hechos, y *la apreciación de la oportunidad,* la frontera puede ser tenue: en materia de policía, la jurisprudencia no considera como legales sino las medidas "necesarias al mantenimiento del orden público": la apreciación del carácter de necesidad supone el examen de las circunstancias, de los medios de que dispone la autoridad de policía, etc., que se añade a la oportunidad. Igualmente, la legalidad se une a la oportunidad en la reciente jurisprudencia por la que el Consejo de Estado acepta, para decidir el carácter de utilidad pública de una operación inmobiliaria, verificar si la gravedad de los ataques que ella conlleva para la propiedad, su costo financiero y sus inconvenientes sociales no son excesivos respecto a las ventajas que la colectividad pueda extraer de ella (28 de mayo de 1971, *Ville Nouvelle Est, Gr. Ar.*, p. 561, 10 de octubre de 1972, *Sté Ste-Marie de l'Assomption, AJDA*, 1972, p. 390).[146]

[146] Sobre esta jurisprudencia, que no cesa de desarrollarse (*Cfr.* principalmente: C.E., 26 de octubre de 1974, *Grassin, A.J.D.A.*, 1974, p. 34; 4 de octubre de 1974, *Grimaldi,* 24 de enero de 1975, *Gorbier, A.J.D.A.*, 1975, p. 142); y en la cual ciertos autores observan la elaboración de un nuevo principio general, el "principio de proporcionalidad" que conduciría al juez, para apreciar la legalidad de una medida, poner en contrapeso de un lado su utilidad y de otro su costo social y financiero. *cfr.*, J. P. Gilli: *A.J.D.A.*, 1973, p. 13; M. Guibal: "De la proportionnalité", *A.J.*, 1978, p. 444, y los estudios a continuación en los *Mélanges, Waline,* 1974, T. 2: G. Braibant: "Le principe de proportionnalité", p. 297;

Este desplazamiento de la legalidad hacia la oportunidad reaparece cada vez que la calificación de los hechos, derive, no de criterios objetivos sino de una apreciación subjetiva. Por esta razón, la jurisprudencia controla siempre la exactitud material de los motivos, pero se niega a controlar la calificación en los campos en que desea mantener un amplio poder de apreciación discrecional a la administración; en materia de expulsión de extranjeros, por ejemplo, el juez verifica la existencia de los hechos que motivan la expulsión, pero no su calificación, en tanto que "hechos de naturaleza susceptibles de perjudicar la seguridad del Estado o el orden público".[147] El juez observa la misma reserva en las materias en que la calificación resulta de un examen técnico para el cual no está provista de instrumentos (por ejemplo: el carácter "dañino a la salubridad pública" de una especialidad farmacéutica o las decisiones de orden económico).

265 bis. — 3º Control normal y control mínimo. Estas diferencias en la amplitud de poderes que el juez pretende ejercer lo han conducido a distinguir *el control normal* y el *control mínimo*. El control normal, que se aplica a la mayoría de los actos, comprende, por supuesto, a la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder y el error de derecho, no solamente a la exactitud material de los motivos de hecho, sino además, a su calificación. Es este examen de la calificación el que excluye, al contrario, el control mínimo, que se limita a la verificación de su existencia material.[148] Pero, incluso en los casos de "control mínimo", el juez limita el poder discrecional

J. Lemasurier. "Vers un nouveau principe général du droit. bilan coût-avantages" p. 551; J. Waline: "Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique", p. 811. Para un balance de las aplicaciones del principio, por lo demás engañoso. ya que el juez, en casi todas las especies, concluye en razón de la declaración de utilidad pública: R. Hostiou *A.J.*, 1976, p. 211.

[147] Para una confirmación reciente de esta rigurosa tendencia: C.E., 13 de mayo de 1977, *Perregaux*, *A. J.*, 1977. p. 399.

[148] Encontramos un ejemplo de la extensión del control normal en una materia hasta ahora sometida a un solo control mínimo en: C.E., 5 de mayo de 1976, *S.A.F.E.R., d'Auvergne*, *Gr. Ar.*, p. 586. Se trata del control por el juez administrativo de las decisiones tomadas por la Inspectoría del Trabajo en materia de autorización de despido de los representantes del personal de la empresa, incluso cuando este despido se funda sobre un motivo económico (18 de febrero de 1977, *Abellan*, *A. J.*, 1977. p. 273).

cuando recurre a la noción de *error manifiesto de apreciación*,[140] si ocurre que la calificación de los hechos es tan evidentemente errónea que incluso un no técnico puede confirmarlo, él anula la decisión (C. E., 29 de marzo de 1968, *Sté du lotissement de la plage de Pampelonne, A. J.*, 1968, p. 341; 6 de noviembre de 1970, *Guye, A. J.*, 1971, p. 54). Se trata de una jurisprudencia en plena expansión: la noción de error manifiesto ha sido extendida recientemente a materias hasta entonces ampliamente discrecionales, y principalmente a la "alta policía" (C. E., 22 de noviembre de 1973, *Librairie François Maspero, AJDA*, 1973, p. 604; 3 de febrero de 1975, *Pardov*, sobre una decisión de expulsión; 19 de febrero de 1975, *Fouéré*, sobre el rechazo de un pasaporte, *AJDA*, 1975, p. 143). Pero en este campo, la apreciación del error manifiesto sigue siendo muy prudente (*cfr.*, la sentencia *Perregaux*, precitado p. 262, nota 2). Parece más osado en el campo de la correspondencia entre la gravedad de una sanción disciplinaria y la falta cometida por un agente público. Durante mucho tiempo el Consejo de Estado, recurrido por una demanda contra la sanción, se limitaba a verificar la existencia material de los hechos que la motivaban, la gravedad de la sanción dependía, ante sus ojos, de la oportunidad. Introdujo en este campo el error manifiesto (9 de junio de 1978, *Lebon*), y no duda en anular la sanción cuya gravedad le parece exageradamente desproporcionada con relación a la falta (26 de julio de 1978, *Vinolay*, las dos sentencias en el *A.J.D.A.*, 1978, p. 576).

265 ter.— 4º Pluralidad de motivos. Puede suceder que una decisión se base en *varios motivos*. Si solamente algunos son reconocidos como inexactos, el juez no anula necesariamente la decisión. Colocándose en cierta forma en el lugar del autor del acto, se esfuerza por sopesar el valor respectivo de los motivos inexactos y de los motivos exactos. Si le parece que estos, incluso haciendo abstracción de los otros, hubiesen conducido a una de-

[140] Kornprobst: "L'erreur manifesté", *D.*, 1965, Chr., p. 21; Vicent: "L'erreur manifeste d'appréciation", *Rev. Adm.*, 1971, p. 407; Letour, Neur: "L'erreur manifeste dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *Mélanges, Ganshof van der Moersch*. 1972, T. III, p. 563; Henry: "Une nouvelle fonction pour l'erreur manifesté", *A.I.*, 1979. Nº 6, p. 17.

cisión idéntica, no pronuncia la anulación (*cfr.*, la jurisprudencia señalada en *A. J.*, 1968, pp. 355 y ss.).[160]

Hay que destacar, al término de este análisis del control de los motivos por el juez, que la importancia creciente tomada por este control explica el esfuerzo que ha sido señalado *supra*, Nº 226, para imponer a la administración la obligación de revelar al juez los motivos del acto atacado, en la medida en que él lo estime necesario para el ejercicio de su control. La relación entre estos dos problemas es particularmente clara en lo que concierne el control de las decisiones dictadas en materia económica, que constituye desde hace algunos años la preocupación mayor del Consejo de Estado.[161]

SECCIÓN IV. La decisión del recurso (Le jugement du recours)

§ 1. Las particularidades del procedimiento

266. — **Visión de conjunto.** Las reglas generales indicadas, *supra*, Nº 214 y s. se aplican; sin embargo, ciertas particularidades caracterizan al recurso.

1º *La regla de la decisión previa* resulta satisfecha en virtud de la naturaleza misma del recurso. El demandante no está pues obligado previamente a pedir a la administración que reconsidere o revise su decisión. El tiene sin embargo, la facultad de hacerlo, pero en tal supuesto, este recurso administrativo debe ser formulado en el plazo del recurso contencioso si el demandante pretende reservarse, en caso de negativa, la facultad de recurrir al juez.

2º El recurso se interpone *contra el acto,* y no *contra la persona pública* de la que emana; tiende a una anulación no a una condenación; es una de las características en las que se basa la afirmación de su carácter objetivo. Durante largo tiempo en virtud de ello se ha considerado que no había partes en el recurso por exceso de poder. En la práctica sin embargo, la administración

---

160 Sauvingnon: "La pluralité des motifs", *A.J.D.A.*, 1971, p. 200.

161 Delmas-Marsalet: "Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État", *E.D.C.E.*, Nº 22, p. 153; Savy: "Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration", *A. J.*, 1973, p. 3, J.C. Venezia: "Sur le degré d'originalité du contentieux économique", *Mélanges, Stassinopoulos*, 1974. p. 147.

autora del acto es llamada a presentar sus observaciones, es decir, a defender la legalidad de su decisión; el procedimiento se desarrolla pues conforme al esquema habitual, bajo forma de un intercambio de escritos entre el demandante y la administración. Desde 1953 la facultad de apelación reconocida a la administración acrecenta aún más la similitud con los otros recursos (*infra*, Nº 269).

3º El recurso debe igualmente ser comunicado a las personas a las que se dirige el acto atacado (por ejemplo: titular de una autorización que el demandante estima ilegal); éstas pueden presentar sus observaciones.

4º *La intervención* está abierta a todos aquellos que tienen interés, sea en el mantenimiento, sea en la anulación de la decisión.[152]

5º Si en principio, la *prueba* de la ilegalidad incumbe al demandante, el juez puede, en virtud de los poderes que tiene por el carácter inquisitorio del procedimiento, pedir a la administración justificar su acto, cuando los primeros argumentos del demandante ponen en duda su legalidad (*supra*, Nº 226). Es principalmente el caso en que la administración no estaba obligada a motivar, pero el recurso hace despertar una seria sospecha sobre la regularidad de los motivos que han inspirado la decisión. El autor puede ser invitado a hacer conocer sus motivos verdaderos; si se niega, el acto será anulado (C. E. 28 de mayo de 1954, *Barel, Gr. Ar.*, p. 428, 26 de enero de 1963, *Sté Maison Génestal, Gr. Ar.*, p. 546). La Ley del 18 de julio de 1979 sobre la obligación de motivar las decisiones desfavorables (*supra*, Nº 96 bis.) despoja a esta jurisdicción de una parte de su importancia y le facilita el rol al juez.

§ 2. Contenido y efectos de la sentencia

267. — A. **La sentencia de inadmisibilidad.** Si el recurso es declarado inadmisible, el acto subsiste, sin que haya sido decidido el problema de su legalidad. En teoría podría ser atacado de nuevo, al menos que la inadmisibilidad se refiere, bien sea a la persona

[152] Nguyen-Quoc-Dinh: "L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir", *R.D.P.* 1946, p. 389.

del demandante, o a un incumplimiento de las formas; en la práctica, este nuevo recurso se podría enfrentar a la expiración del plazo.

268. — B. El fondo de la sentencia. 1º *El rechazo del recuso.* Significa que el acto no está afectado por los vicios invocados por el demandante, ni por aquellos, incluso omitidos por él, que el juez debe destacar de oficio (incompetencia). En teoría, un nuevo recurso podría basarse en otro vicio, bajo una sola reserva: el juez considera vicio de forma e incompetencia, por una parte (vicios relativos a la legalidad externa del acto), y violación de la ley y desviación de poder por otra parte (vicios relativos a la legalidad interna) forman dos grupos distintos, pero de los que cada uno es un todo indivisible. De esta manera, el acto impugnado por una incompetencia no acogida por el juez, podrá ser atacado de nuevo por violación de la ley pero no por vicio de forma (C. E. 20 de febrero de 1953, *Sté Intercopie, Rec.*, p. 88; Gilli, *La cause juridique de la demande en justicie,* 1962).

En la práctica, sin embargo, la expiración del plazo obstaculiza a menudo un nuevo recurso contra el acto ya atacado. El rechazo consagra pues prácticamente la legalidad de este acto.

2º *La anulación.*[153] Esta se refiere, normalmente, a la totalidad del acto; puede sin embargo no ser sino parcial si la ilegalidad vicia solamente una parte suficientemente individualizada de la decisión.[154] La anulación hace desaparecer el acto; esta desaparición es *absoluta*: la anulación tiene efecto *erga omnes,* contrariamente a la regla habitual de la autoridad relativa de la cosa juzgada que limita a las partes el efecto de los fallos. Además, ella es prácticamente *retroactiva*: se considera que el acto no ha sido dictado; la administración está obligada jurídicamente a hacer desaparecer todos sus efectos. La aplicación de este principio se enfrenta a veces a imposibilidades, sea materiales (anulación de una decisión que prohíbe una reunión emitida mucho tiempo después de la fecha prevista para ella), sea jurídicas (anulación de

[153] Weil: *Les conséquences de l'annulation d' un acte administratif pour excès de pouvoir,* tesis. París, 1952.

[154] Corbel: "L'annulation partielle des actes administratifs", *A.J.D.A.*, 1972, p. 138.

un reglamento de policía sobre la base del cual se han efectuado condenaciones que han adquirido fuerza de cosa juzgada) sea prácticas; los actos cumplidos por un funcionario cuyo nombramiento es en seguida anulado deberían lógicamente ser retirados; se descarta esta consecuencia, en interés de la seguridad jurídica de los administrados.

Incluso cuando es posible, la aplicación de la regla es a menudo difícil. Ocurre a veces que el acto anulado ha servido de punto de partida a otros actos, para los que el restablecimiento de la situación implica su desaparición. Otras, a la inversa, el acto anulado ha hecho imposible adoptar otros actos, que sin él, habrían sido dictados y para los que el restablecimiento de la situación impone que sean dictados; cuando la destitución de un funcionario es anulada, hay que reconstituir su carrera tal como se habría normalmente desarrollado, con los ascensos que hubiera obtenido. Las dificultades aumentan cuando el restablecimiento de la situación del demandante no puede efectuarse sin que terceros se vean afectados; en materia de función pública, una anulación puede provocar una reacción en cadena: en el lugar del agente cuya destitución es anulada, y que debe recobrar su puesto, otro agente ha sido nombrado, por lo que el restablecimiento a su puesto anterior hará salir a quien lo ocupa, etc. El Consejo de Estado otorga a veces a la administración, en los considerandos de la sentencia de anulación, directrices precisas sobre los pasos a seguir para restablecer la situación. Ha sucedido incluso que las dificultades planteadas por una anulación no se hayan podido solucionar sino con la intervención del legislador.[156]

Mientras más se agrande el intervalo que separa la decisión atacada y la sentencia, más probabilidades existen de tropezar con problemas insolubles; exageradamente tardía, la censura del juez puede correr el riesgo de permanecer teórica; en materia de urbanismo por ejemplo, la anulación de un permiso de construir aparece a menudo cuando el inmueble está desde hace tiempo terminado, y cuando su destrucción se revela imposible económica y socialmente. La voluntad de evitar este peligro es en una amplia medida, el origen de la reforma realizada en 1953. Al menos,

---

[156] Lesage: *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, 1960.

a falta de una satisfacción positiva, la anulación aporta al demandante una satisfacción sicológica: la de recibir la razón en contra de la administración. No es cualquier cosa, pero es poco.

§ 3. Los recursos contra la sentencia (Les vois de recours)

269.— A. **La apelación.**[156] La regla del doble grado de jurisdicción se aplica desde 1953, al recurso por exceso de poder. La apelación puede ser interpuesta ante el Consejo de Estado, en los dos meses de la sentencia del tribunal administrativo, tanto por el demandante como por el representante de la persona moral que ha dictado la decisión, es decir, por el Estado, mediante el ministro. La facultad de apelar así reconocida a la administración invalida la afirmación tradicional según la cual no hay partes en el recurso por exceso de poder, "proceso hecho a un acto": en efecto, la facultad de apelar no existe sino en provecho de las partes en un proceso; abrir la apelación a la administración, es pues conocerle *ipso facto* la cualidad de parte.

270. — B. La oposición de terceros. La anulación, por su carácter absoluto, se impone a todos, comprendidos aquellos que, teniendo interés en el mantenimiento del acto atacado que les confiere un derecho, no han intervenido en el recurso, sea porque hayan ignorado su existencia, sea porque hayan confiado en la administración para la defensa del acto. Ellos pueden estimar que esta defensa ha sido mal conducida, y que sus argumentos en favor de la legalidad de la decisión atacada hubiesen podido evitar la anulación. Es por lo que el Consejo de Estado les ha reconocido la facultad de presentar oposición de terceros o tercería en los dos meses de la sentencia (29 de noviembre de 1912, *Boussuge, Gr. Ar.*, p. 115). Con ello también se encuentra atenuado el carácter objetivo del recurso por exceso de poder.

---

[156] Louis-Lucas: *D.*, 1957, Chr., p. 115.

TITULO V

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

271. — Visión general. La actividad de la administración como toda actividad, es generadora de daños, siendo éstos más frecuentes y graves en la medida que se utilicen medios más poderosos. ¿Pueden las víctimas obtener que esos daños sean reparados, y bajo qué condiciones? Es el problema de la responsabilidad en derecho administrativo. La responsabilidad enfocada aquí es una responsabilidad *civil*: no podría haber responsabilidad penal de la administración. Es una responsabilidad *extracontractual*: la responsabilidad que sanciona el desconocimiento por una persona pública de las obligaciones que ha asumido con respecto a su cocontratante se vincula con la teoría del contrato administrativo.[1]

El mismo problema se plantea en derecho civil, en las relaciones entre particulares. El derecho administrativo le aporta soluciones originales; y en amplia medida son obra de la jurisprudencia, habiendo el legislador regulado sólo para daños particulares, sin enunciar los principios generales de la materia.

La teoría de la responsabilidad presenta una extrema importancia: la posibilidad, para los administrados, de obtener reparación de los daños imputables a la potestad pública es una pieza esencial del Estado Liberal; más allá de su valor práctico, toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización.

Se estudiará sucesivamente los principios generales del sistema, tal como la evolución los ha formulado, las condiciones de la responsabilidad de las personas públicas, su sanción, sus relaciones con la responsabilidad personal que puede incumbir a los agentes públicos, en fin, el campo de aplicación de la teoría.[2]

---

[1] A. de Laubadère: "Les éléments d' originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration", *Mélanges, Mestre,* p. 383.

[2] Obras generales sobre la responsabilidad: Duez: *La responsabilité de la puissance publique*, 2ª Edic., 1938; Chapus: *Responsabilité publique et Responsabilité privée*, 2ª Edic., 1958; Soulier: "Reflexion sur l'evolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique", *R.D.P.*, 1969, p. 1.039

CAPITULO I

Los principios generales y su evolución

La teoría de la responsabilidad de la potestad pública responde a tres cuestiones fundamentales: ¿puede admitirse el principio de una responsabilidad para los daños causados por la administración? En la afirmativa, ¿a quién debe incumbir esta responsabilidad? En fin, ¿según cuál régimen debe estar comprometida?

Sección I. El principio de una responsabilidad administrativa

272.— La solución inicial: la irresponsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar a la administración el principio general según el cual aquel que causa injustamente un daño a otro está obligado a repararlo? [3]

La respuesta fue al comienzo negativa: la irresponsabilidad de la potestad pública aparecía, en la primera mitad del siglo XIX, como un corolario de la soberanía. Esta solución, muy rigurosa para los particulares, era aceptable, en la práctica, en la medida en que el Estado liberal, teniendo estrictamente limitadas sus actividades, tenía relativamente pocas ocasiones de causar daños. El rigor del principio se encontraba por otra parte atenuado: la ley del 28 pluvioso del año VIII, permitía la reparación de daños causados por las obras públicas; la irresponsabilidad no se extendía ni a los daños imputables a la gestión del dominio privado, ni a aquellos causados por las colectividades locales no soberanas.

273.— La admisión de la responsabilidad del Estado. Reconocida en primer término, fuera incluso de los casos en que un

[3] Sobre la evolución del problema: Koechlin: *La responsabilité de l'État de l'an VIII a 1873*, 1957; G. Teissier: *La responsabilité de la puissance publique*, 1906.

texto preciso la consagraba, para los actos llamados de *gestión* que no comprometían la soberanía del Estado, fue admitida en principio en la célebre sentencia *Blanco* (Confl., 1º de febrero de 1873, *Gr. Ar.*, p. 5), que afirma: "La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público..., no es ni general, ni absoluta; tiene sus reglas especiales...". Por restrictiva que pueda parecer la fórmula, ella consagra sin embargo, la existencia de una responsabilidad de la potestad pública, independientemente de todo texto.

274.— Justificación de la solución. Había razones prácticas evidentes que condenaban el mantenimiento de la irresponsabilidad. La amplitud de los daños causados por la administración, crecientes con el desarrollo de su acción y la potestad de sus medios, hacía de su reparación una necesidad social. Sobre todo, la extensión de la responsabilidad en las relaciones privadas, vinculada a la generalización del seguro, no permitía mantener, en el sector administrativo, soluciones opuestas.

Desde el punto de vista teórico, un gran número de autores ven, en la responsabilidad de la potestad pública una consecuencia necesaria del principio de la *igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*. La acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos.[4] Pero si bien la igualdad de todos ante las cargas públicas es ciertamente la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no resulta de ninguna manera que todo atentado a esta igualdad debe ser reparado; se verá que sólo aquellos, provocados por actos que presentan ciertos caracteres jurídicos —falta o creación de riesgos— comprometen la responsabilidad. Hay que distinguir, pues, muy netamente, el problema teórico de la justificación de la responsabilidad, y el problema práctico del hecho generador de la responsabilidad (*infra*, Nº 284 y ss.).

---

[4] Berlia: "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", *R.D.P.*, 1951, p. 685, Bénoit: "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", *J.C.P.*, 1954, I, Nº 1.178; Mignon: Crónicas, *D.*, 1947, p. 37 y 53, 1950.

SECCIÓN II. El titular de la responsabilidad

275.— A. Planteamiento del problema. La obligación de reparar los daños causados por la acción administrativa, una vez determinada, ¿a quién va a incumbir? La cuestión se plantea por el hecho de que las personas públicas, personas morales, no actúan jamás sino por intermedio de personas físicas; son sus agentes quienes, concretamente, son los autores de los daños imputables a la acción administrativa. Se puede entonces dudar entre dos soluciones: una, pone a cargo de los agentes, verdaderos autores del daño, la obligación de repararlo en base a su patrimonio personal; esa fue hasta fecha reciente, la solución del derecho anglosajón;[8] la otra hace recaer la responsabilidad en la persona pública por cuenta de la cual ha actuado el agente.

276.— B. Evolución de las soluciones. 1º En el siglo XIX, el derecho francés corrige el principio de la irresponsabilidad de la potestad pública al admitir la posibilidad de una responsabilidad personal de los funcionarios, por los hechos relativos a sus funciones, ante las jurisdicciones civiles; pero el artículo 75 de la Constitución, del año VIII, subordina el ejercicio de la acción de responsabilidad a una autorización dada por el Consejo de Estado. Este sistema, llamado de la *garantía administrativa de los funcionarios,* habría podido servir sólo para descartar las demandas abusivas y vejatorias; en la práctica, las autorizaciones fueron acordadas raramente, y la responsabilidad personal de los agentes fue excepcional.

2º El régimen de la autorización previa había suscitado una viva oposición de parte de los liberales. Uno de los primeros actos del gobierno provisorio, después de la caída de Napoleón III, fue entonces de abrogar el artículo 75, y "todas las disposiciones que tengan por objeto entorpecer las demandas contra los funcionarios administrativos de todo orden" (decreto del 18 de septiembre de 1870). Sobre esta base, ¿se iría por el camino de encauzar la responsabilidad personal de los agentes según el derecho común?

---

8 El principio de la responsabilidad fue consagrado en Inglaterra por el Crown proceeding Act de 1947, y en los Estados Unidos por la ley federal de 1946. *Cfr.,* D., Lévy: *La responsabilité de la puissance publique en Anglèterra,* tesis, Paris, 1954; B. Schwar: *Le droit administratif américan,* 1952.

277.— C. **La solución actual.** 1º La respuesta a la cuestión planteada por el decreto de 1870 se encuentra en la sentencia del Tribunal de Conflictos, del 30 de julio de 1873, *Pelletier* (*G. Ar.*, p. 9). La sentencia afirma que si el decreto abrogó el artículo 75, no modificó el principio de la separación de poderes; ahora bien, éste estaría violado si los daños administrativos fuesen uniformemente imputados a los funcionarios y reparados por los tribunales judiciales, así llevados a inmiscuirse en el funcionamiento de la administración.

Hay que distinguir, entre los hechos dañosos, aquellos que pueden ser apreciados fuera de todo examen del comportamiento de la administración; éstos constituyen faltas *personales* de su autor, separables del ejercicio normal de su función, y comprometen su responsabilidad ante los tribunales judiciales en los términos del derecho privado. En cuanto a los hechos dañosos no separables, éstos pueden constituir faltas *de servicio*, que comprometen, ante los tribunales administrativos, la responsabilidad de las personas públicas, para las que la sentencia *Blanco*, algunos meses después de la sentencia *Pelletier*, iba a confirmar el principio.

2º El derecho positivo consagra, pues, la existencia de una responsabilidad personal del agente por sus faltas personales y una responsabilidad de la persona pública fuera de ese caso. Estas dos responsabilidades no son por cierto, excluyentes una de la otra; es por lo que, después de haberlas estudiado de manera separada, será necesario precisar la evolución experimentada por sus relaciones.

SECCIÓN III. El régimen de la responsabilidad

278.— A. **¿Derecho común, o régimen especial?** Se puede concebir que la responsabilidad administrativa sea sometida a las mismas reglas que la responsabilidad de los particulares: es el sistema inglés actual. Se puede prever también para ella un régimen derogatorio del derecho común.

Para la responsabilidad de los agentes en caso de falta personal, la primera solución ha sido siempre aceptada. Para la responsabilidad de las personas públicas, la aplicación de los artículos 1.382 y siguientes del Código Civil era admitida, en el siglo XIX, para las colectividades locales, por el mismo hecho de la compe-

tencia judicial. Los tribunales, cuando se encontraban recurridos por acciones de responsabilidad contra el Estado sobre la base de actos de gestión (*supra*, Nº 158), se orientaban hacia la misma solución; el Consejo de Estado, por el contrario, rechazaba la aplicación de los textos del Código Civil.

La sentencia *Blanco* decide en este último sentido. Al afirmar el principio de la competencia administrativa para todas las acciones de responsabilidad dirigidas contra el Estado, fundamenta esta competencia sobre la *autonomía de la responsabilidad de la administración,* la cual "no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular", sino que obedece a "reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

La responsabilidad del Estado, es pues, una responsabilidad autónoma, derogatoria del derecho común. La solución se extiende al mismo tiempo que la competencia administrativa, a las comunas (C. E., 6 de febrero de 1903, *Terrier, Gr. Ar.*, p. 53) y a los departamentos (T. C., 29 de febrero de 1908, *Feutry, Gr. Ar.*, p. 80). El régimen de la responsabilidad de las personas públicas escapa pues, en su totalidad en principio, al derecho común, y a la competencia judicial.

La evolución ha aportado, a este principio, dos restricciones importantes. Por una parte, el derecho común conserva su imperio sobre la responsabilidad correspondiente a aquellas actividades que las personas públicas ejercen bajo un régimen de derecho privado: es el caso de la gestión del dominio privado, y sobre todo de las empresas públicas industriales y comerciales (T. C., 22 de enero de 1921, *Cie de la Cote d'Ivoire, Gr. Ar.*, p. 163).

Por otra parte, el sistema de la responsabilidad administrativa al perfeccionarse, se ha acercado, en cuanto al fondo, al derecho de la responsabilidad privada. La *autonomía* subsiste; las reglas del Código Civil interpretadas por la jurisprudencia judicial permanecen ajenas a la responsabilidad de las personas públicas; pero la *originalidad* se ha atenuado bastante: las "reglas propias" de la sentencia *Blanco* tienden a parecerse a las reglas del derecho común.[6]

---

[6] Sobre el conjunto del problema, además de Chapus, *op. cit.*, *Cfr.* Eiseman: "Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes pu-

279. — B. **La ordenación del régimen especial.** Debido a la jurisprudencia, éste se ha desarrollado en el sentido de una extensión continua de la responsabilidad, bajo la acción de factores convergentes: el crecimiento de las actividades públicas, el desarrollo de las ideas de solidaridad y de igualdad, la extensión de la responsabilidad privada vinculada a la generalización de los seguros. Esta extensión se ha manifestado en todas las direcciones:

1º Sobre el terreno inicial de la responsabilidad por falta de servicio, los últimos vestigios de la irresponsabilidad de la potestad pública, que consistían en excluir toda responsabilidad para algunos servicios han desaparecido; la policía principalmente, durante largo tiempo irresponsable, cayó bajo el imperio del derecho común (C. E., 10 de enero de 1905, *Tomaso Greco, Gr. Ar.*, p. 61). Además, la noción de falta ha sido interpretada cada vez más ampliamente.

2º Paralelamente se ha desarrollado una responsabilidad de la administración fuera de toda falta.

3º Las reglas de indemnización, principalmente los métodos de evaluación del daño, han evolucionado en un sentido favorable a las víctimas.

4º Finalmente, una transformación profunda de las relaciones entre la responsabilidad personal del agente y la responsabilidad de la administración ha permitido, en un creciente número de casos, la superposición de uno a otro, con el fin de lograr en forma más segura la indemnización: la falta de personal del agente tiende a comprometer, tanto su responsabilidad propia, como la de la administración.

bliques", *J.C.P.*, 1949, I, Nº 724 y 751; Benoit: "Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé", *J.C.P.*, 1957, I, Nº 1.351; Cornu: *Etude comparée de la responsabilité en droit public et en droit privé*, tesis, Paris, 1951; Dubouis: *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, 1962.

CAPITULO II

LAS CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS PÚBLICAS

Toda responsabilidad, en derecho público, como en derecho privado, supone reunidas tres condiciones: la existencia de un *daño*, la posibilidad de vincular ese daño con una persona determinada, o *imputabilidad* del daño, y en fin, un *hecho generador* que presente ciertas características jurídicas de donde derive la obligación de reparar.

Se estudiarán uno a uno estos tres elementos.

SECCIÓN I. El daño

280.— Caracteres generales.[7] El daño no da derecho a reparación sino cuando presenta ciertos caracteres intrínsecos.

1º Como en derecho privado, el daño debe ser *cierto*. A esta condición responden el daño nacido y actual, y el daño futuro cuando su realización parece inevitable. Sólo está excluido el daño eventual.

2º El daño debe ser *especial*,[8] es decir, particular a la o a las víctimas, y no común al conjunto de miembros de una colectividad. En este último caso, en efecto, la igualdad de todos ante las

[7] Colliard: *La préjudice dans la responsabilité administrative*, tesis, Aix, 1938; F. de Baecque: "Règlas de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice", *R.D.P.*, 1944, p. 197; Taugourdeau: "Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra contractuelle de la puissance publique", *A.J.D.A.*, 1974, p. 503.

[8] Morange: "La spécialité du préjudice en droit administratif", *D.*, 1953, Chr., p. 165.

cargas públicas, que sustenta, como se ha visto, el conjunto de la teoría, no resulta afectada. Pero no hay que confundir especialidad y frecuencia del daño: un perjuicio no deja de ser especial porque se reproduzca frecuentemente.

3º El daño debe ser *anormal;* debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento de un servicio, las cargas que impone toda vida colectiva.

4º El daño debe referirse a *una situación jurídicamente protegida;* el Consejo de Estado, por esta fórmula, pretende excluir del derecho de reparación a las personas que se encuentran en una situación ilegal. Se aplicó, por ejemplo, a la concubina de la víctima de un accidente mortal.[9] (11 de mayo de 1928, *Delle Rucheton, S.,* 1928, III, p. 97). Pero rectificó esta solución (3 de marzo de 1978, *Delle Hüesser, A. J.,* 1978, p. 210).

281.— **El problema del daño moral.** Se ha manifestado una evolución sobre este punto.

1º Inicialmente el juez administrativo limitaba la obligación de reparar solamente los daños *materiales,* entendiendo por ello, aquellos que tenían consecuencias de orden patrimonial, sea por los gastos que conllevan, sea por las pérdidas que provocan: ataques a los bienes, o a la integridad de la persona física, principalmente. Se descartaba los ataques a valores abstractos, reputación, afectos; daba como razón que tales daños no eran evaluables en dinero, y no comportan, por tanto, una reparación adecuada.

2º Los ataques a *ciertos valores no materiales* han sido progresivamente tomados en consideración. La evolución se ha facilitado por las posibles repercusiones patrimoniales de algunos de estos daños morales: así como el ataque a la reputación artística de un actor (C. E., 20 de noviembre de 1931, *Frantz et Delle. Charny, D.,* 1934, III, p. 25), de un escultor (3 de abril de 1936, *Sudre, D.,* 1936, III, p. 57); así también el perjuicio estético provocado por una herida en el rostro, que puede entorpecer la vida profesional de la víctima (15 de junio de 1949, *dame Durand, Rec.,* p. 288). Pero la obligación de reparar se extiende a daños

[9] Morange: "La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité", *D.,* 1953, Chr., p. 37.

desprovistos de toda consecuencia pecuniaria: sufrimiento físico excepcional (24 de abril de 1942, *Morelle, Rec.*, p. 136), ataque a la dignidad personal, a los derechos de un sacerdote en el ejercicio de su culto, etc.).

3º Durante largo tiempo, el Consejo de Estado se negó a ir más lejos, y a admitir la reparación *del sufrimiento moral que resulta de la pérdida de un familiar cercano*. Indemnizaba a la familia de la víctima tanto por los gastos ocasionados por esta muerte (gastos de la enfermedad, funerarios, etc.) como por la privación de recursos si la víctima ayudaba materialmente a los sobrevivientes; pero persistía, al contrario, ante los tribunales judiciales, en afirmar que "las lágrimas no se pagaban en dinero", y que el otorgamiento de una suma de dinero no podría compensar el dolor que produce la muerte de un ser querido.[10]

Esta solución fue vivamente criticada por la doctrina. Bajo su apariencia de nobleza, ella llevaba a minimizar el valor de la vida humana: si la administración hiere, está obligada a indemnizar la invalidez parcial; si mata en cambio a un niño, queda indemne de toda reparación. Además, la práctica inversa de los tribunales judiciales evidenciaba que era técnicamente posible evaluar el precio del sufrimiento; a los ojos de la opinión, estaba privada de toda justificación la actitud del juez administrativo.

4º Este no permaneció insensible a esos argumentos; bajo el nombre vago de *trastornos de toda naturaleza ocasionados a las condiciones de existencia*, aceptó al principio indemnizar, a los familiares cercanos de la víctima, más allá de las consecuencias pecuniarias directas del fallecimiento, un perjuicio mal definido, que parecía incluir elementos de orden afectivo. Pero se negaba a hacerlo abiertamente, y mantenía la fórmula tradicional según la cual, "el dolor moral, no siendo apreciable en dinero, no constituía un daño susceptible que dé lugar a reparación" (C. E., 29 de octubre de 1954, *Bondurand, D.*, 1954, p. 767).

5º El último paso fue dado con la sentencia del 24 de noviembre de 1961, *Letisserand, Gr. Ar.*, p. 503, que admite que el dolor moral resultante, para un padre, de la muerte prematura de su hijo, constituye por sí misma, en ausencia de todo perjuicio

[10] Morange: Crónicas. *D.*, 1948, p. 105, 1953; p. 91 y 1962, p. 15 (a raíz de la sentencia Letisserand).

material, un daño indemnizable. La reparación del *pretium doloris*, es pues, posible en adelante ante la jurisdicción administrativa y ante la jurisdicción judicial,[11] paralelamente a éstas, subsisten los "trastornos en las condiciones de existencia".[12]

SECCIÓN II. La imputabilidad

El daño no es reparable sino en la medida que se pueda imputar al hecho de una persona pública determinada.

282.— A. **El daño debe vincularse al hecho de una persona pública.** Por ello, se encuentran eliminados del campo de la responsabilidad:

1º El daño *indirecto*.[13] La administración no es responsable de aquellas consecuencias dañosas de sus actos que no han podido realizarse sino por la intervención de un tercero; entre ella y el daño, el vínculo de causalidad debe ser directo (C. E., 16 de febrero de 1945, *Roset, Rec.*, p. 36). Sin embargo, la noción de daño directo es entendida por el juez de manera bastante liberal (*cfr.* las observaciones hechas a propósito de tres sentencias sobre este problema, *A. J.*, 1969, p. 387). Por otra parte, la causalidad puede ser directa sin ser *exclusiva*: si el daño proviene a la vez del hecho de un particular y del hecho de la administración, ésta es responsable por su parte.

2º El daño imputable a *la falta de la víctima*. Si la víctima misma hizo inevitable el daño, o lo agravó, la responsabilidad de la administración se encuentra total o parcialmente liberada.[14] El Consejo de Estado manifiesta mucha severidad en la apreciación del comportamiento de la víctima, en particular cuando se trata de un niño (*cfr.*, por ejemplo, 30 de marzo de 1979, *Moisan, A. J.*, 1979, Nº 12, p. 30).

---

[11] Sobre la aplicación práctica de esta jurisprudencia: Isaac: "Après l'arrêt Letisserand: dix années de la reparation de la douleur morale par le Conseil d'État", *Mélanges, Couzinet*, 1975, p. 387.

[12] F. Moderne: "Sur le devenir de la notion des troubles dans les conditions d'existence", *A.J.*, 1976, p. 240.

[13] Vialle: "Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative", *R.D.P.*, 1974, p. 1.243.

[14] Moreau: *L' influence su comportément de la victime sur la responsabilité administrative*, tesis, Rennes, 1956.

3° El daño imputable a la *fuerza mayor*. La fuerza mayor, hecho extraño al autor aparente del daño, irresistible e imprevisible, produce en derecho administrativo el mismo efecto que en derecho privado: suprime toda imputabilidad. El derecho administrativo distingue el *caso fortuito*,[15] de la fuerza mayor, del cual el tipo es el accidente mecánico; la causa, en este caso, permanece desconocida. El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, no es exonerativo cuando la responsabilidad está basada sobre el riesgo.

4° El daño imputable a una *persona pública extranjera*. La cuestión se planteó principalmente por el hecho de la permanencia sobre el territorio nacional de tropas extranjeras, enemigas o aliadas; la reparación de los daños que ellas causen no puede incumbir al Estado francés sino en base a una convención internacional en este sentido.

283.— B. Determinación de la persona pública responsable.[16] En la práctica puede ser difícil determinar la persona a la cual el daño es imputable. Esto es así cuando un mismo agente acumula competencias distintas por cuenta de varias personas públicas; los daños que causa comprometen la colectividad por cuenta de la cual él cumplió el acto dañoso; es principalmente el caso del alcalde y del prefecto que actúan tanto en calidad de agente del Estado, como en calidad de agente de la colectividad local.

El problema es más complejo cuando varios agentes que dependen de personas diferentes han concurrido al acto que causa el daño (por ejemplo: accidente causado por un fuego artificial organizado por una comuna, pero disparado por militares) o también cuando la organización del servicio en el cual el daño se produjo hace intervenir a dos personas públicas, una para el cuidado de los locales, otra para la ejecución del servicio: según que el accidente sea imputable al mal estado de los edificios, o al hecho de los agentes del servicio, la responsabilidad será a cargo de una o de otra.

El juez en cada caso, se esfuerza, según los hechos, en determinar, sea la persona responsable, sea la repartición de respon-

---

15 Benoit: "Le cas fortuit", *J.C.P.*, 1956, I, N° 1.328.

16 Amselek: "La détermination des personnes publiques responsables", *Etudes de droit public*, 1964, p. 289.

sabilidad a establecer entre las colectividades interesadas. Puede igualmente autorizar a la víctima, a hacerse indemnizar por una u otra de las colectividades en causa, reglándose su correspondiente participación en la carga de indemnización por una acción de recurso; es la solución adoptada en el caso de accidentes provocados por las vacunaciones obligatorias, cuya organización depende a la vez del Estado y del departamento (C. E., 13 de julio de 1962, *Ministre de la Santé Publique*, *D.*, 1962, *J.*, p. 726).

SECCIÓN III. El hecho dañoso

284.— Principios generales. Todo daño no conlleva necesariamente para su autor la obligación de repararlo. Esta obligación no existe sino en la medida en que el acto que ha causado el daño presente ciertos caracteres que fundamentan la responsabilidad. En derecho privado es el acto *culposo* (*fautif*) el único que compromete a su autor; excepcionalmente, la responsabilidad puede vincularse a la creación de un *riesgo*.

La responsabilidad del poder público, está de igual manera, normalmente vinculada a la *falta;* excepcionalmente, puede existir *en ausencia de falta.* Pero la falta administrativa, o *falta de servicio,* presenta en relación con la falta civil, caracteres originales; en cuanto a la responsabilidad sin falta, aún permaneciendo como subsidiaria está mucho más desarrollada que en el derecho privado y no se fundamenta exclusivamente sobre el riesgo creado.

§ 1. La falta de servicio

285.— A. Definición. La falta de servicio es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente.

1º Es *un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio.* De todo servicio se espera un cierto nivel medio, variable según su misión y según las circunstancias; la falta aparece por debajo de este nivel.

2º La falta incumbe a los *agentes del servicio.* Las personas físicas son las únicas que pueden cometer faltas; los actos que

producen faltas de la administración son necesariamente, el hecho de sus agentes; la responsabilidad por falta de servicio, es pues, una responsabilidad del hecho del hombre.[17] Existe en derecho administrativo como en derecho privado una responsabilidad del hecho de las cosas, pero ésta se sitúa en el marco de la responsabilidad sin falta.

3º La falta de servicio *no es imputable a los agentes personalmente*. Es la distinción capital de la falta de servicio y de la falta personal, consecuencia de la sentencia *Pelletier* (*supra*, Nº 277). En la falta de servicio, la persona del agente no es tomada en consideración; él no es responsable ni respecto de la víctima, ni respecto de la administración. La responsabilidad recae directamente en la persona pública de la que depende el agente. No hay, pues, lugar a distinguir, como a veces se hace, entre la falta de servicio, provocada por un agente netamente individualizado, y la falta del servicio, falta anónima y colectiva de una administración mal tenida en su conjunto, de tal manera que es difícil de descubrir en ella los verdaderos autores; en un caso como en otro, la persona de los agentes permanece totalmente ajena al debate jurídico.

De ello resulta que, si un funcionario es demandado ante los tribunales judiciales por una falta que presenta en realidad, los caracteres de la falta de servicio, la administración tiene la obligación de elevar el conflicto. Si ella se niega a hacerlo, y si el tribunal por error, estima que hay falta personal y condena al funcionario, la administración está obligada a protegerlo de las condenas civiles pronunciadas contra él (ordenanza del 4 de febrero de 1959, Art. 11). La regla presenta un carácter paradójico, en la medida en que ella implica el reconocimiento del carácter erróneo de una decisión judicial que tiene fuerza de verdad legal en virtud de la autoridad de cosa juzgada.

286.— B. Carácter concreto de la falta de servicio. El juez, para apreciarla, no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias

---

[17] Delvolvé: "La responsabilité du frait d'autrui en droit administratif", *Mélanges, Marty*, 1978, p. 407.

de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc.

De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo.

287.— C. Aplicaciones. 1º La falta de servicio es una noción *autónoma;* ella no se vincula necesariamente con los diversos caracteres jurídicos que definen el acto desde otros puntos de vista. En particular:

a) Es independiente del carácter *material* o *jurídico* del acto dañoso; la operación material, la decisión individual o reglamentaria pueden ser igualmente constitutivas de faltas de servicio.

b) Es *relativamente independiente de la legalidad del acto.*[18] La cuestión no se plantea para las operaciones materiales. Para los actos jurídicos, la ilegalidad que los vicia es en principio, constitutiva de falta, incluso cuando ella proviene de un error en la apreciación de los hechos (C. E., 26 de enero de 1973, *Ville de Paris, A. J.,* 1973, p. 273). Sin embargo, la coincidencia no es absoluta: algunas ilegalidades, suficientes para acarrear la anulación del acto en el terreno del recurso por exceso de poder, pueden no ser consideradas, tomando en cuenta las circunstancias, como faltas; es el caso, principalmente, de las ilegalidades puramente formales, cuando el acto que vician aparece, en cuanto al fondo, justificado.

c) Es independiente del carácter del acto sobre el terreno *penal:*[19] si el delito cometido por un agente constituye a menudo, una falta personal, puede también presentar las características de la falta de servicio (Confl., 14 de enero de 1935, *Thepaz,* sobre un homicidio por imprudencia, *Gr. Ar.,* p. 227).

[18] Delbez, "De l'excès du pouvoir comme source de responsabilité", *R.D.P.,* 1932, p. 183.

[19] Mestre: "Faute administrative et paute pénale", *D.,* 1935, Chr., p. 57; Liard: *D'infraction pénale dans les services publics,* tesis, París, 1939; Couzinet: "L'infraction pénale de l'agent public", *Mélanges, Magnol,* p. 115.

2º La falta de servicio es una noción amplia. Al lado de la falta positiva, del acto cumplido equivocadamente, el Consejo de Estado ha admitido como faltas de servicio la falta por *omisión*, resultante de que la administración no haya actuado cuando debía haberlo hecho, y además, el simple *retardo*: el servicio ha funcionado de manera correcta pero tardía.

3º La falta de servicio comporta *grados*. El Consejo de Estado distingue las faltas *simples*, las faltas *graves*,[20] las faltas *manifiestas y de una gravedad excepcional*. Esta distinción tiende por cierto a simplificarse: la falta manifiesta y de una gravedad particular se reabsorbe cada vez más en la falta grave (*cfr.* sobre la responsabilidad de los servicios fiscales, C. E., 21 de diciembre de 1962, *Dame Husson Chiffe, A. J.*, 1963, p. 106, y el comentario, p. 90). Bajo esta forma, la distinción sigue siendo importante: en virtud de la exclusión, por la sentencia *Blanco*, de una responsabilidad "general y absoluta", toda falta de servicio no acarrea la obligación de reparar. Algunos servicios, que el juez estima particularmente difíciles, y de primordial importancia, no responden sino por sus faltas graves; esta regla se aplica principalmente:

—a los servicios de *policía*,[21] bajo dos reservas: responden por las faltas simples en lo que concierne a sus actividades burocráticas, que no presentan dificultades especiales, solución confirmada por una decisión del 13 de enero de 1969, *Bourasseau* (*A. J.*, 1969, p. 194); pueden ser responsables sin falta en caso de accidente causado por sus armas (*infra*, Nº 289). La jurisprudencia reciente parece por cierto orientarse hacia una extensión de estas excepciones a la exigencia de la falta grave (*cfr.* en este sentido, C. E., 22 de abril de 1967, *Lafont, A. J.*, 1967, p.308), que admite que la falta simple basta para comprometer la responsabilidad de la comuna, por falta en su servicio de policía, en el caso de un accidente acaecido a un esquiador sobre una pista abierta sin que hayan sido tomadas las precauciones necesarias.

[20] J. F. Couzinet: "La notion de faute lourde administrative", *R.D.P.*, 1977, p. 283.

[21] Benoit: *La responsabilité de la puissancè publique du fait de la police administrative*, tesis, París, 1936; E. Pisierkouchner: *La responsabilité de la police*, 1972.

Pero la exigencia de la falta grave permanece siendo sin embargo el principio. (C. E., 20 de octubre de 1972, *Marabout, A. J.*, p. 597).

—a los servicios de lucha contra incendios;

—al ejercicio de la tutela sobre las personas descentralizadas, que no compromete la responsabilidad del Estado sino en caso de falta grave;[22]

—a la responsabilidad médica de los servicios hospitalarios;[23]

—a las administraciones fiscales.[24]

Por otra parte, las circunstancias pueden transformar en falta simple, sin comprometer la responsabilidad, una falta que hubiese sido grave en tiempo normal.

288.— D. La prueba de la falta. Esta incumbe en principio a la víctima, conforme al derecho común, pero la jurisprudencia ha establecido, en ciertas materias, presunciones de falta que invierten la carga de la prueba: la administración, para exonerarse, debe probar, sea la fuerza mayor, sea la falta de la víctima o el hecho de un tercero. Esta jurisprudencia se había desarrollado sobre todo en materia de accidentes causados por los automóviles de la administración; ha perdido mucho interés desde que la ley del 31 de diciembre de 1957, transfirió esta materia a la competencia judicial.

§ 2. La responsabilidad sin falta

La exigencia de una falta constituye el derecho común de la responsabilidad; normalmente, la administración no responde sino por las consecuencias dañosas de sus faltas. La responsabilidad sin falta constituye, pues, en derecho administrativo como en derecho privado, una teoría subsidiaria de aplicación excepcional. Pero la jurisprudencia tiende a multiplicar sus aplicaciones; además, mientras que en derecho civil la responsabilidad sin falta se resume

---

[22] Benoit: "La responsabilité de la puissance publique du fait de la tutelle administrative", *R.P.D.A.*, 1955, Chr., p. 178.

[23] Benoit: "La responsabilité des services hospitaliers et d'assistance", *D.*, 1951, Chr., p. 49.

[24] Desmouliez: "La responsabilité du fisc", tesis, Montpellier, 1942.

en la sola teoría del riesgo, el derecho administrativo engloba, en su teoría de la responsabilidad sin falta, dos principios distintos· la creación de un riesgo y la ruptura de la igualdad de todos ante las cargas públicas.[26]

289.— A. **La** responsabilidad por riesgo. La administración en el ejercicio de su misión, expone a algunas personas a un riesgo particular; el riesgo se realiza, sin falta de su parte; el juez le impone, en ciertas hipótesis la obligación de indemnizar. El hecho generador consiste en la realización del riesgo voluntariamente creado. La jurisprudencia hace aplicación de estos principios en los siguientes casos:

1º *Accidentes de trabajo ocasionados a los agentes de la administración*. El Consejo de Estado, ante que el juez judicial y el legislador (la ley sobre accidentes de trabajo data de 1898), ha admitido (C. E., 21 de junio de 1895 *Cames, Gr. Ar.*, p. 29), la obligación de reparar el daño causado por un accidente de trabajo a un obrero de una manufactura del Estado sobre la única base del riesgo creado. Luego, la intervención del legislador ha suprimido esta jurisprudencia, al encontrarse los agentes públicos garantizados, sea por el régimen de pensiones de invalidez, sea por el derecho común de los accidentes de trabajo. Sin embargo, continúa aplicándose a los colaboradores ocasionales de la administración, requeridos o al menos solicitados, que no están cubiertos por los regímenes precedentes (C. E., 22 de noviembre de 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine, Gr. Ar.*, p. 298); la jurisprudencia se extiende incluso a los colaboradores benévolos y principalmente a los salvavidas víctimas de un accidente que prestan ayuda a una persona en peligro (C. E., 16 de noviembre de 1960, *Commune de Gouloux, D.*, 1961, J., p. 353, nota de Salomón; 25 de septiembre de 1970, *Cne. de Batz-sur-mer, AJDA*, 1971, p. 60, 1º de julio de 1977, *Cne de Coggio, A. J.*, 1978, p. 286). A la misma idea se refiere la decisión que indemniza las consecuencias dañosas de una enfermedad contraída por una institutriz

[26] Benham: *La responsabilité sans faute en droit public et en droit privé*, tesis, Paris, 1953; A. Laubadère: "Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif", *E.D.C.E.*, Nº 13, p. 29; Cotteret: "La notion de risque", *Etudes de droit public*, 1964; Amselek: "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative", *Mélanges, Eisenmann*, 1975, p. 233.

obligada a cumplir su servicio en período de epidemia, en un medio que la exponía, a ella y al niño que atendía, al riesgo del contagio (C. E., 6 de noviembre de 1968, *Dame Saulze, A. J.*, 1969, p. 117).

2º *Daños causados por cosas peligrosas.*[26] Es el caso de obras públicas peligrosas por sí mismas (líneas de transporte de fuerza), explosivos (C. E., 2 de agosto de 1919, *Regnault-Desroziers, Gr. Ar.*, p. 156), armas utilizadas por la policía (C. E., 24 de junio de 1949, *Lecamte et Daramy, Gr. Ar.*, p. 328): en caso de herida, la responsabilidad está comprometida aún sin falta, cuando la víctima era ajena a la operación de policía; si ella estaba implicada, la exigencia de falta subsiste. En materia de accidentes de automóviles, la sustitución de la presunción de falta (*supra,* Nº 288), por una presunción de responsabilidad que excluya toda prueba contraria, cuando el daño es debido a un accidente mecánico, era una aplicación de la noción de cosa peligrosa (C. E., 9 de julio de 1948, *Capot et Dénis, RDP,* 1948, p. 576). El conjunto de esta jurisprudencia tiende a crear a cargo de la administración, junto a la responsabilidad por falta, que es una responsabilidad por el hecho del hombre, una *responsabilidad por el hecho de las cosas* del tipo de la del artículo 1.384, del Código Civil.

3º *Daños causados por las actividades o las técnicas peligrosas*: en una operación de destrucción por el fuego de un inmueble insalubre, el incendio se comunicó a las casas vecinas; la realización del riesgo compromete la responsabilidad (C. E., 20 de diciembre de 1926, *Walter, S.*, 1927. III, p. 44). Igualmente, el régimen de la reeducación vigilada de los jóvenes delincuentes, que excluye voluntariamente las antiguas precauciones de la administración penitenciaria, expone a los vecinos a riesgos como consecuencia de una evasión fácil (C. E., 3 de febrero de 1956, *Thouzellier, D.*, 1956, *J.*, p. 596; 19 de diciembre de 1969, *Etablissements Delannoy, AJDA,* 1970, p. 125).

290.— B. La responsabilidad sin falta, fuera del riesgo. No es posible explicar por la idea del riesgo algunos casos de responsabilidad sin falta.

[26] Sfez: *La notion de chose dangereuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, tesis, París, 1956.

1º En materia de *obras públicas,* el daño permanente que resulta de la vecindad de una obra pública no peligrosa, abre derecho a reparación cuando excede a los inconvenientes ordinarios de la vecindad. La solución es antigua y tradicional.

2º *Inejecución de las decisiones de justicia.*[27] El particular a favor del cual un fallo ha sido dictado por un tribunal judicial tiene el derecho a obtener el concurso de la fuerza pública para constreñir a la otra parte a ejecutar. Puede enfrentarse a una negativa de la administración, la cual no se considera como falta, si la ejecución podría provocar desórdenes graves. El Consejo de Estado le acuerda, en este caso, reparación del perjuicio resultante de la inejecución (C. E., 30 de noviembre de 1924, *Couitéas, Gr. Ar.,* p. 185: la ejecución del fallo implicaba la evacuación de tribus nómadas de un vasto territorio del sur de Túnez, lo que exigía una operación militar susceptible de crear problemas; 3 de junio de de 1938, *Societé des Cartonneries de Saint Charles,* sobre la negativa a ejecutar un fallo de expulsión de huelguistas que ocupaban una fábrica, *Gr. Ar.*, p. 255).

3º *Medidas de orden económico o social* impuestos a una empresa privada en interés general: C. E., 28 de octubre de 1949, *Societé des ateliers du Cap Janet, J.C.P.*, 1950, II, Nº 5.861; la inspección del trabajo negaba a una empresa la autorización para despedir una parte de su personal, para evitar problemas sociales; *cfr.* también 21 de noviembre de 1947, *Societé Boulenger Rec.*, p. 436. La reparación puede proceder incluso si la medida es impuesta por el legislador (*infra,* Nº 306). La misma solución se aplica si el perjuicio resulta de una medida de policía (C. E., 22 de febrero de 1963; *Cne de Gavarnie, RDP,* 1964, p. 1.024).

4º Negativa de la administración a emprender una acción de demolición de un inmueble construido en desconocimiento de las reglas de urbanismo: la negativa fue juzgada legal, pero resultaba, para el propietario vecino, un perjuicio especial y anormal (C. E., 20 de marzo de 1974, *Navarra, AJDA*, 1974, p. 328).

5º En todas estas hipótesis, se está en presencia de una medida no culposa, pero excepcional que ocasiona a un particular

[27] Gabolde. Crónica, *D.,* 1955, p. 77.

en el interés general, un perjuicio anormal. El fundamento de la responsabilidad reside en el *atentado a la igualdad de todos ante las cargas públicas*: sería injusto que uno sólo sufriese por una decisión tomada en interés común. La jurisprudencia utiliza este razonamiento, aparte incluso de las aplicaciones clásicas que se acaba de indicar, en diversas hipótesis, por ejemplo, para reparar el daño causado a un propietario obligado a interrumpir los trabajos emprendidos sobre su bien, luego de la apertura de un procedimiento de expropiación que finalmente fue abandonado (C. E., 23 de diciembre, 1970, *EDF, AJDA*, 1971, p. 96).

El principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas es considerado por numerosos autores como la justificación de todas las hipótesis de responsabilidad (*supra*, Nº 274). Pero normalmente la ruptura de esta igualdad no es generadora de responsabilidad sino en la medida en que resulte de una falta, o de la realización de un riesgo; aquí, ella juega en cierta forma en estado puro, y constituye por sí sola el hecho generador de la responsabilidad.[28]

291.— C. Futuro de la responsabilidad sin falta. Algunos autores, tomando en cuenta el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad sin falta, consideran que ella está llamada a eliminar progresivamente la noción de falta, consideran que ella está llamada a eliminar progresivamente la noción de falta, y a convertirse en el derecho común, de la responsabilidad administrativa. Es dudoso que esto suceda así; la responsabilidad sin falta es una teoría demasiado amplia para que el Consejo de Estado, preocupado por las exigencias de la acción administrativa, tenga que generalizarla. Recientemente la preocupación de prevenir esta generalización se manifestó claramente: el Consejo de Estado se muestra más exigente para reconocer al perjuicio el carácter de *especialidad* requerido para que el derecho a reparación se abra sobre la base de la igualdad ante las cargas públicas (24 de mayo de 1967, *Cie aérienne de publicité, A. J.*, 1968, p. 45). Igualmente se ha negado, contrariamente al tribunal administrativo recurrido en primera instancia y a las conclusiones del comisario de gobierno,

[28] Puisoye: "Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité", *A.J.*, 1964 p. 140; Delvolve: *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, 1969.

a reparar, sobre el supuesto del riesgo, el grave accidente sufrido por un alumno en el transcurso de un juego de rugby en el cual participaba el equipo de su liceo (2 de febrero de 1979, *Gauthier*, *A. J.*, 1979, Nº 11, p. 49). Actualmente esta noción le suministra el medio técnico para reparar los daños cuando, a pesar de la ausencia de falta, la equidad, o más bien la idea, a veces estrecha de ella, le parezca fundamentar esta reparación.[29]

[29] Gilli: "La responsabilité d'equité de la puissance publique", *D.*, 1971, Chr., p. 125.

CAPITULO III

La reparación del daño

Toda responsabilidad conlleva, para su titular, la obligación de procurar a la víctima una reparación que compense lo más exactamente posible el daño sufrido. En derecho administrativo, el régimen de la reparación presenta dos series de particularidades.

292.— A. **Forma de la reparación.** Se distingue la reparación *en especie,* que consiste en restablecer las cosas al estado en que estarían si el daño no hubiese ocurrido, y *la indemnización* que otorga a la víctima una suma de dinero equivalente al daño sufrido. La indemnización, única posible en el caso de los daños corporales, es siempre posible cuando el daño es valorable en dinero. La reparación, en fin, puede ser puramente simbólica (condenación del Estado a un franco de daños-intereses en caso de perjuicio exclusivamente moral); el Consejo de Estado descarta esta práctica, y tiende, incluso en esos casos a acordar una indemnización efectiva.

El Consejo de Estado ha estimado que el principio de la separación de funciones le prohibía acordar la reparación en especie, o de obligar a la administración a proceder a ella. La indemnización, es pues, el único procedimiento de reparación mantenido por el derecho administrativo. Excepcionalmente, el juez, aun condenando a la administración al pago de una indemnización, le abre la posibilidad de escapar a esta condenación reparando en especie; llega al mismo resultado al calcular la indemnización en función de la prolongación del daño.

293.— B. **Modalidades de la indemnización.** La indemnización se acuerda bajo la forma, o de un *capital* pagado de una sola vez, o (principalmente en caso de invalidez) de una *renta.*

Si el daño se agrava con el tiempo, puede hacerse una reevaluación, del capital, o de la renta; la reevaluación toma en cuenta la situación económica en la fecha de la nueva demanda.

294.— C. **Fecha de evaluación del perjuicio.**[30] Tradicionalmente, el juez, para proceder a ésta, se situaba *en el día del daño*. Era una solución lógica; pero en período de inestabilidad monetaria, se llegaba a injusticias cuando un largo intervalo separaba el daño de la sentencia, lo cual es frecuente por la lentitud de la justicia. La solución actual distingue:

1 Para los *daños a los bienes,* la regla anterior subsiste; la víctima, por lo general, procede a la reparación del bien después del daño; es normal indemnizarla sobre la base de lo que ella ha realmente gastado. Sin embargo, si en realidad la reparación no ha podido ser inmediata, el juez modifica la indemnización en consecuencia (C. E., 21 de marzo de 1947, *Cie gén. des Eaux, Gr. Ar.*, p. 308).

2º Para los *daños a las personas,* la evaluación se sitúa en el día de la sentencia, salvo si la víctima ha retardado ésta, voluntariamente (C. E., 21 de marzo de 1947, *Dame Aubry, Gr. Ar.*, p. 308).

Sin embargo, no se trata sino de directrices generales. El juez no duda en apartarse de ellas, cuando las circunstancias propias del caso hacen más equitativas las soluciones inversas: toma en consideración la situación en el día de la sentencia, en el caso de daños a bienes, o del día del accidente en caso de daños a las personas (C. E., 21 de octubre de 1966, *Sté Prefontaines:* 4 de noviembre de 1966, *Département de la Vendée, A. J.*, 1967, p. 56 s. y la nota, p. 35).

295.— D. **El cálculo de la indemnización.** Es bastante frecuente que el juez no proceda a hacerlo él mismo. Si él estima que el expediente no le suministra los elementos de evaluación suficientes, él reenvía la víctima ante la administración, para la fijación y liquidación de la indemnización. Un nuevo recurso es posible cuando ésta es juzgada insuficiente. Pero la víctima duda

[30] Charlier: "Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative", *J.C.P.*, 1947, I, Nº 650; Morange. Cronica, *D.*, 1951, p. 61. De Segogne: *De la date d'évaluation du préjudice en matière civile et administrative* tesis, París. 1951; Deiton: "L'évaluation des indemnités", *E.D.C.E.*, Nº 7, p. 52.

evidentemente a intentarlo; es el punto débil de esta práctica. Cuando la indemnización es calculada por el juez, el principio es que debe cubrir *el perjuicio en forma integra,* pero *no más allá,* constituyendo la demanda en toda hipótesis un límite máximo.

En la aplicación del principio, parece que el juez tiene tendencia a preocuparse más por la segunda que por la primera regla. Es así como en el caso del funcionario destituido ilegalmente, la indemnización, inicialmente igual al total de salarios que se le debían, fue reducida, a partir de una sentencia del 7 de abril de 1933, *Debeiles* (*Gi. Ar.*, p. 213), en función de los recursos que la víctima pudo procurarse por su trabajo durante el período de la destitución. Igualmente, la indemnización acordada a la viuda de un particular asesinado después de la liberación fue reducida, tomando en cuenta el hecho de que "las posibilidades objetivas de supervivencia" de un individuo sospechoso, con o sin razón, de ser colaborador, eran en esa época relativamente débiles (C. E., 30 de enero de 1948, *Veuve Cros, JCP*, 1948, II, Nº 4.133). En fin, si la indemnización propuesta a la víctima por la administración es considerada por el juez como superior al monto del daño, éste reduce la suma ofrecida, en virtud del principio de orden público, según el cual "las personas públicas no pueden ser condenadas a pagar más de lo que deben" (C. E., 19 de marzo de 1971, *Mergui, AJDA*, 1971, p. 303).

Esta tendencia restrictiva, que no es afortunadamente general, parece difícilmente justificable. Si el juez administrativo, como se afirma a veces, cediera verdaderamente a la preocupación de cuidar los fondos públicos evitando al Estado indemnizaciones demasiado fuertes, él comprometería, en la práctica, todo el efecto de la teoría de la responsabilidad que ha elaborado él mismo con un gran liberalismo.

La indemnización genera *intereses* desde el día en que la víctima ha demandado reparación a la administración; el juez fija el monto de los intereses sobre la base de los artículos 1.153 y 1.154 del Código Civil. Excepcionalmente él acuerda, además intereses moratorios, intereses compensatorios en caso de mala voluntad de la administración (*cfr.*, por ejemplo, el caso *Caucheteux et Desmont, supra,* Nº 230, nota 2).

CAPITULO IV

La responsabilidad de los agentes por falta personal y sus relaciones con la responsabilidad de las personas públicas

§ 1. La noción de falta personal

296. — A. *Definición*.[31] 1º Se ha recordado (*supra*, Nº 276) la evolución que ha conducido a la distinción entre la falta de servicio y la falta personal, que es aquélla en la cual responde el agente personalmente, sobre su patrimonio, ante el juez civil, según las reglas de derecho privado. Si la administración estima que la falta que motiva la demanda presenta el carácter de una falta de servicio, ella debe elevar el conflicto (*supra*, Nº 285); éste es confirmado si el Tribunal de Conflictos adopta este punto de vista, el cual conduce a la incompetencia del tribunal judicial, y en cuanto al fondo, a la ausencia de responsabilidad del funcionario, es anulado en caso contrario. Es, pues, el Tribunal de Conflictos el que traza el límite entre las dos categorías de faltas.

2º Esta delimitación deriva de la idea de que la falta personal es, por oposición a la falta de servicio, aquella que *se separa* del ejercicio de la función. Ella puede separarse *materialmente*: es el caso de la falta cometida fuera del ejercicio de la función, y sin vínculo con ésta.

Puede separarse también *sicológicamente*, cuando a pesar de haber sido cometida en el servicio, ella revela, según las fórmulas clásicas de Laferriere, no a un "administrador más o menos sujeto

[31] P. Cot: *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, tesis, Paris, 1922; Divanach: *La responsabilité civile des fonctionnaires*, tesis, Rennes, 1935; Malestre: *La responsabilité pécuniaire des agents publics*, 1962; Douc Rasy: *Les Frontières de la faute personnelle et la faute de service*, 1963.

a error", sino "al hombre, con sus debilidades, sus pasiones e imprudencias". Esto recibe dos series de aplicaciones:

—el agente ha obedecido *a móviles personales*: búsqueda de su propio interés, animosidad respecto a la víctima, deseo de venganza, etc.;

—la *gravedad excepcional* de la falta no se aplica sino por la naturaleza profunda del agente, su brutalidad, su intemperancia, su cobardía.

3º La *falta penal* cometida en el ejercicio de las funciones constituye en general una falta personal. Pero la coincidencia no es absoluta: en el caso *Thépaz* precitado, un accidente mortal provocado por el chofer militar de un camión que iba en convoy no fue considerada como "separable del servicio", ya que el conductor, sujeto a la caravana, no tenía entera libertad de maniobra.[33]

4 A veces se ha considerado la *vía de hecho* como constitutiva de falta personal. En realidad, la cuestión está mal planteada: si la vía de hecho compromete la responsabilidad de su autor, concurrentemente con la de la administración, la operación cae, en su conjunto, bajo el imperio del derecho privado; el agente, como encargado, y la administración como comitente, son responsables en base a los artículos 1.382 y 1.384 del Código Civil, sin que la noción de falta personal tenga que intervenir.

297.— B. Consecuencias jurídicas. 1º La falta personal compromete tradicionalmente la responsabilidad del agente hacia el particular, víctima de la falta, ante los tribunales judiciales. Es pues, el artículo 1.382, y la jurisprudencia civil los que se aplican.

2º Hasta una fecha reciente, se admitía que cuando es la administración la que recibe el daño nacido de la falta personal, no podía demandar reparación al agente (C. E., 28 de marzo de 1924, *Poursines, Rec.*, p. 357). El principio es ahora a la inversa: el agente debe reparación a la administración del daño que le causa por su falta personal (T. C., 25 de marzo de 1957, *Hospice du Puy, Rec.*, p. 817, a propósito de un médico que deterioró el material radiológico del hospital). En este caso es el derecho admi-

[33] *Cfr.* Bibliografía citada, *supra*, Nº 203, nota 2; *Cfr.* también Maestre, *J.C.P.*, 1961, I, Nº 1.612.

nistrativo, y no el derecho civil, el que se aplica, y es la jurisdicción administrativa la competente. El nuevo principio, lo vamos a ver, se aplica igualmente a las relaciones entre la responsabilidad de las personas públicas y la responsabilidad personal de los agentes.

§ 2. Las relaciones entre la responsabilidad personal de los agentes y la de las personas públicas [83]

298.— A. **El punto de partida.** Luego de la sentencia *Pelletier* (*supra*, Nº 277) las dos responsabilidades que se han determinado eran *excluyentes una de la otra*: si el daño es debido a una falta personal, la responsabilidad del agente es la única comprometida. La de la administración no interviene sino en caso de falta de servicio.

Es el sistema llamado de la *no acumulación de responsabilidades*: en la práctica, presenta un inconveniente grave para las víctimas de una falta personal: ellas no pueden contar, para ser indemnizadas, sino con el patrimonio personal del agente público, a menudo insuficiente para garantizarles del daño.

299.— B. **La acumulación de las faltas.** Un análisis más profundo condujo a la jurisprudencia a admitir que, en algunos casos, dos faltas, una personal y otra imputable al servicio, puedan concurrir a la realización del daño. En el caso *Anguet* (C. E., 3 de febrero de 1911, *Gr. Ar.*, p. 101), un particular fue atacado y herido por agentes del correo (falta personal) cuando trataba de salir de una oficina que había sido cerrada antes de la hora normal, por una salida de emergencia mal instalada (faltas de servicio). En este caso, a la víctima se le reconoció la facultad de escoger entre las dos responsabilidades: ella puede demandar la reparación de la totalidad del perjuicio, sea al agente ante el tribunal judicial, en base a la falta personal, sea a la persona pública, ante el juez administrativo, en base a la falta de servicio.

[83] Duguit "Coexistence des actions en responsabilité", *R.D.P.*, 1923, p. 23; Fliniaux. 'La coexistence des responsabilités de l'agent et de la personne administrative", *R.D.P.*, 1931, p. 333; Chardon: *Du cumul et de la coexistence des responsabilité*, tesis, París, 1935; Long "La responsabilité de l'administration pour les fautes personnelles commises par ses agents' *E.D C.E.*, Nº 7 p 20.

300.— C. **La acumulación de responsabilidades.** (C. E., 26 de julio de 1918, *Lemonnier, Gr. Ar.*, p. 147). El Consejo de Estado vino a admitir que cuando la falta personal no haya podido ser cometida por el agente sino por medio de instrumentos o de poderes puestos a su disposición por el servicio, "la falta se separará quizás del servicio, pero el servicio no se separará de la falta" (conclusiones de Blum en el caso *Lemonnier*, presentadas en el *Rec.*, p. 761). Poco importa la ausencia de falta de servicio: la víctima, en este caso, como en el caso precedente, puede accionar, sea contra el agente, sea contra la persona pública. La solución, admitida al comienzo en el solo caso en que la falta haya sido cometida *en servicio activo*, ha sido extendida a los daños causados fuera del servicio, pero con instrumentos provistos por el servicio (C. E., 18 de noviembre de 1949, *Dlle Mimeur, Gr. Ar.*, p. 331: accidente causado por un chofer militar que se había desviado de su ruta, pero en un camión del ejército; 26 de octubre de 1973, *Sadoudi, AJDA*, 1973, p. 606: muerte involuntaria cometida por un guardia de paz con su pistola, que el reglamento le imponía conservar en su domicilio). Sin embargo, ese vínculo con el servicio se rompe si el daño es causado voluntariamente, bajo efecto de un sentimiento de hostilidad personal (C. E., 23 de junio de 1954, *Vve Litzler, Rec.*, p. 376: muerte cometida por un aduanero con su arma reglamentaria, pero en su vida privada).

301.— D. **El resultado de la evolución.** Al término de esta evolución la acumulación de las responsabilidades se admite cada vez que la falta personal no está desprovista de todo vínculo con el servicio. Todo sucede como si la persona pública estuviera obligada a indemnizar a los particulares en razón del riesgo de falta personal al cual ella los expone al darle a sus agentes los medios o la ocasión de la falta. La falta personal aparece, pues, como *un nuevo hecho generador de la responsabilidad de las personas públicas*, fuera del caso en que ella permanezca totalmente ajena al servicio.

302. —E. **Las consecuencias prácticas de la acumulación.** La víctima tiene una opción: ella puede escoger entre los dos responsables, los dos órdenes de jurisdicción, los dos regímenes jurídicos correspondientes; sea cual sea la opción, ella puede deman-

dar a quien ella impute la reparación, la indemnización integral del perjuicio.

303.— F. **El problema de las acciones de reintegro.**[34] Lo más frecuentes es que la víctima escoja demandar a la persona pública, cuya solvencia es más cierta que la del agente.

1º En el *sistema primitivo,* el Estado, condenado a reparar en su totalidad un daño en el que la falta de servicio no tenía sino una parte (acumulación de faltas), o incluso ninguna parte (acumulación de responsabilidades), no estaba autorizado a dirigirse contra el agente, autor de la falta personal, verdadero responsable, pero cuya responsabilidad escapaba a toda sanción. La acumulación conducía a una inmunidad total de los autores de faltas personales, contrario, no solamente al interés financiero del Estado, sino además a la equidad, y al buen funcionamiento de la administración. La jurisprudencia reconocía solamente a la persona pública condenada, la facultad de subrogarse en los derechos de la víctima contra el agente; pero esta acción no era de hecho ejercida nunca.[35]

2º *La solución actual.* La sentencia *Laruelle* (C. E., 28 de julio de 1951, *Gr. Ar.,* p. 375), invierte el principio anterior. Afirma, de manera general, la responsabilidad de los autores de faltas personales para con la persona pública a la cual esta falta ha causado un daño, sea directo (*supra,* Nº 297), sea indirecto, por el hecho de la obligación para el Estado de indemnizar a la víctima en virtud de la acumulación.

Sobre esta base se ha desarrollado un sistema de acciones de reintegro que tienen por objeto, luego que la víctima ha sido compensada, fijar definitivamente la parte contributiva del agente y de la persona pública en función de la participación de cada uno en la comisión del daño. Hay que distinguir varios casos:

a) Que exista *acumulación de faltas.* Si el Estado ha indemnizado, puede dirigirse contra el agente por la parte del daño correspondiente a la falta personal, o incluso por la totalidad si

[34] Renard: *La subrogation et les actions recursoires en matière de responsabilité administratives,* tesis, París, 1953; Castagné: "Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires a l'égard de l'administration", *R.D.P.,* 1958, p. 676.

[35] Waline: "De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles", *R D P.,* 1948, p. 5.

la falta de servicio ha sido provocada por el agente, quien no podrá entonces prevalerse de ella. Es la hipótesis de la sentencia *Laruelle* precitada, en la que el agente, culpable de haber causado un accidente con un vehículo de la administración del que se había apropiado para su uso personal, no podía evidentemente invocar, para aligerar su responsabilidad, la falta de vigilancia, constitutiva de falta de servicio, que le había permitido ejecutar su proyecto. A la inversa, si la víctima escogió demandar al agente, éste puede demandar a la administración por el reembolso de la parte de indemnización correspondiente a la falta de servicio que ayudó a causar el daño (C. E., 28 de julio de 1952, *Delville, Gr. Ar.*, p. 375).

b) Que exista *acumulación de responsabilidades*. El Estado puede demandar al autor de la falta personal el reembolso de la indemnización que él pagó a la víctima. En caso de pluralidad de autores, la solidaridad está descartada: cada uno de ellos no es responsable para con el Estado sino por la parte correspondiente a su participación personal en el daño.

c) La jurisdicción administrativa es competente para decidir sobre el conjunto de estas acciones de reintegro, por el hecho de que al afectar las relaciones del Estado con sus agentes, dependen de los principios del derecho público (T. C., 26 de mayo de 1954, *Moritz, JCP*, 1954, II, Nº 8.334, nota de Vedel). Hay aquí una aplicación particularmente clara del principio: "la competencia sigue al fondo" (*supra*, Nº 164).

d) Desde el punto de vista *procedimental*, cuando el Estado demanda el reembolso, utiliza contra sus agentes, el procedimiento de la decisión ejecutoria, dictando contra ellos, sea un *estado ejecutorio* (*état exécutoire*), sea una *orden de pago*, que los convierte en deudores. Ellos pueden sin embargo hacer oposición ante el juez administrativo.

e) Conviene destacar que en caso de *pluralidad de coautores*, la falta que compromete la responsabilidad de cada uno respecto al Estado puede ser distinta de la falta personal que condujo a la indemnización de la víctima. En el caso *Moritz*, precitado, seis militares habían participado en el paseo, efectuado en un vehículo del Estado, sustraído por uno de ellos a la vigilancia del guardia,

y en el curso del cual se produjo el accidente constitutivo de la falta personal; esta falta incumbía sólo al conductor del vehículo; los cinco compañeros fueron reconocidos sin embargo, como responsables, respecto al Estado, por el daño causado a él por la obligación de indemnizar (T. C. *Moritz,* precitada, y en el mismo caso, C. E., 22 de marzo de 1957, *Jeannier, D.* 1957, *J.*, p. 748, conclusiones de Kahn). Es esta particularidad que se designa con la expresión *desdoblamiento de la falta personal,* según que se refiera a las relaciones de los agentes con la víctima o con el Estado.

f) Sea cual sea la importancia jurídica de las soluciones precedentes, parece que ellas encuentran poca aplicación práctica, y que el Estado, condenado a reparar los daños imputables a la falta personal de uno de sus agentes, utiliza muy raramente la acción de reintegro que la jurisprudencia Laruelle pone a su disposición.[30]

[30] Mestre: "La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée?". *Mélanges, Waline,* 1974, T. II, p. 575; Becet: "L'échec du système actuel de la responsabilité pécuniaire des agents publics à l'égard de l'administration", *Mélanges, Stassinopoulos,* 1974, p. 165.

CAPITULO V

Campo de aplicación del régimen de derecho común a la responsabilidad administrativa

304.— Planteamiento del problema. La teoría de la responsabilidad del Poder Público, tal como se acaba de exponer, ha sido elaborada por la jurisprudencia para los daños imputables a la actividad de la administración.

Pero por una parte, el Estado puede causar daños en el ejercicio de sus otras actividades. Por otra parte, incluso en el campo de la acción administrativa, hay reglas particulares que rigen la responsabilidad derivada de ciertas actividades determinadas.

Se tratarán sucesivamente estos dos cuestiones.

Sección 1. La responsabilidad del Estado fuera de la actividad del Poder Ejecutivo

§ 1. Responsabilidad en razón de la acción del Poder Legislativo

Hay que distinguir los daños imputables a la actividad de los servicios del Parlamento, y los daños causados por las leyes.

305.— A. **Actividades de los servicios del Parlamento.** La ordenanza Nº 58-1100, del 12 de noviembre de 1958, cambiando las soluciones anteriores, plantea, en su artículo 8º, el principio de la responsabilidad del Estado "en razón de los daños de toda naturaleza causados por los servicios de las asambleas parlamentarias".

Las reglas de competencia, y por tanto, las reglas de fondo, son las mismas que se aplican a la acción administrativa: el juez

administrativo es normalmente competente; su competencia es exclusiva para los litigios que conciernen a los agentes de las asambleas, sin que haya lugar, parece ser, a distinguir según su estatuto. El juez judicial puede serlo en base a un texto expreso (ley del 31 de diciembre de 1957, en lo que concierne a los accidentes causados por los automóviles de las asambleas), o en aplicación de los principios derivados por la jurisprudencia.

306.— B. **La responsabilidad por el hecho de las leyes.**[87]
1º El problema se plantea únicamente en lo que concierne a las *leyes formales*. Los reglamentos, como actos del Ejecutivo, quedan sometidos a la teoría general; pueden ser reconocidos como constitutivos de falta. Sin embargo, la exigencia de un daño *especial* obstaculiza a menudo, la determinación de la responsabilidad, dado el alcance general del acto reglamentario.[88]

2º El problema sólo se plantea en caso de *silencio de la ley*: si ella ha excluido toda indemnización para los daños que ella cause, o si ha establecido el principio y las modalidades de la indemnización, como lo hacen las leyes de nacionalización, basta aplicar el texto.

3º Si no hay nada previsto, el principio tradicional es *la irresponsabilidad del Estado legislador*: por regla general, los sacrificios que la ley puede imponer a los ciudadanos no podrían ser compensados por una indemnización cuando el legislador mismo no ha previsto esta indemnización.
El principio se justifica fácilmente: es jurídicamente y políticamente imposible encontrar una falta en la actividad legislativa, soberana por definición. El juez no podría, por otra parte, derivar de una ley una responsabilidad sin falta sin afectar la voluntad del legislador, es decir, sin sustituirlo.

4º *Las excepciones jurisprudenciales*. El Consejo de Estado, en ciertas hipótesis excepcionales, ha aceptado sin embargo, no solamente reconocerse competente, sino además admitir una responsabilidad por el hecho de la ley (14 de enero de 1938, *Sté des produits laitiers "La Fleurette"*, *Gr. Ar.*, p. 244).

---

[87] Brunet: *La responsabilité de l'État législateur*, tesis, París, 1936.
[88] Kouatly: *La responsabilité de la puissance publique du fait des réglements*, tesis, París, 1954.

a) La solución reposa en *la interpretación de la voluntad del legislador*: el juez deduce, de su silencio, teniendo en cuenta las circunstancias, un consentimiento a la indemnización.

b) La responsabilidad se basa en *el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas*: la ley impone, un pequeño número de particulares, identificables a pesar de la generalidad de los términos empleados, un perjuicio especial, en interés general. En el caso *La Fleurette*, la ley, en un conjunto de medidas destinadas a proteger la producción lechera amenazada por una caída de precios, prohibió la fabricación de productos susceptibles de reemplazar la leche para ciertos usos, lo cual no alcanzaba de hecho sino a un número reducido de empresas.

c) El interés general en nombre del cual el sacrificio es impuesto se confunde con el interés colectivo de una categoría social o económica (en la sentencia *La Fleurette*, los productores de leche): se acuerda una ventaja a unos imponiendo una carga a otros. Si la medida adoptada beneficia al conjunto de la colectividad, el juez duda, en principio, en indemnizar.

d) Finalmente, la actividad sacrificada no debe ser ni ilícita, ni inmoral, ni peligrosa para la colectividad.

Esta jurisprudencia, muy notable en teoría, no tuvo durante mucho tiempo sino un alcance práctico muy limitado: no recibió, después de la sentencia *La Fleurette*, sino una sola aplicación (C. E., 21 de enero de 1944, *Caucheteux et Desmont*, *Rec.*, p. 22). Luego el Consejo de Estado reafirmó el principio (1º de diciembre de 1961, *Lacombe*, *D.*, 1962, p. 89): lo aplicó en beneficio de un propietario que, habiendo obtenido un fallo de expulsión contra un inquilino cuyo hijo servía en Argelia, no había podido obtener la ejecución, por haber prohibido el legislador en ese tiempo tales expulsiones, imponiendo así a los propietarios cuyos inquilinos o miembros de su familia habían sido movilizados a Argelia, una carga especial, grave y excepcional (25 de enero de 1963, *Bovero*, *JCP*, 1963, Nº 13.326, y la nota del decano Vedel). Algunos han visto en esta decisión, una ampliación de la jurisprudencia anterior, y una admisión más franca de la responsabilidad del legislador.[29] Pero la cuestión, desde entonces, no se ha plan-

[29] En este sentido, nota de Vedel, precitada; Kahn: "L'évolution de la ju-

teado de nuevo al juez, lo que no permite confirmar esta interpretación optimista.

Las soluciones que se acaban de analizar han sido recientemente trasladadas de la ley al *tratado internacional*: el Estado ha sido condenado a indemnizar a la víctima por un perjuicio grave y especial debido a una convención internacional (C. E., 30 de marzo de 1966, *Cne general d' energie radio-electrique, A.J.*, 1966, p. 381; 29 de octubre de 1976, *Burgat, A. J.*, 1977, p. 56).

§ 2. Responsabilidad por el hecho de la actividad jurisdiccional

307.— Evolución y soluciones actuales.[40] ¿Puede estar comprometida la responsabilidad del Estado en razón de los daños imputables a los servicios jurisdiccionales? Hace falta para comenzar poner aparte a aquellos que se refieren a la *organización* de esos servicios, que dependen solamente del Ejecutivo, y por ello, de la competencia administrativa (*supra*, Nº 153): el derecho común de la responsabilidad administrativa les es pues, aplicable. El problema es más complejo en lo que concierne a los daños causados por el *funcionamiento* de la justicia. La evolución, orientada al comienzo hacia una irresponsabilidad de principio atenuada por algunas excepciones, ha llegado, con la ley del 5 de julio de 1972, a la situación inversa: una responsabilidad de principio pero provista de limitaciones.

A. *La evolución.* 1º La actividad jurisdiccional se manifiesta esencialmente por las sentencias. La fuerza de verdad legal que se vincula a las sentencias definitivas parece excluir toda responsabilidad fundamentada sobre la falta, tanto de sentencias de las jurisdicciones judiciales como administrativas (C. E., 15 de febrero de 1963, *Conseil National de L'Ordre des Medecins, AJ.*, 1963, p. 233).[41] El principio no cede sino en caso de *error judicial* cometido por

---

risprudence relative à la responsabilité du fait des lois", *E.D.C.E.*, Nº 16; tesis contraria: Morange: "L'irresponsabilité de l'État législateur", *D.*, 1962, Chr., p. 163.

[40] Ardant: *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, tesis, París. 1954; Lefas: "Responsabilité de l'État du fait des services judiciaires", *E.D.C.E.*, Nº 3, p. 48.

[41] Montané De La Roque: "Essai sur la responsabilité du juge administratif", *R.D.P.*, 1952, p. 609.

una jurisdicción represiva: una ley del 2 de junio de 1895, prevé la indemnización por el Estado a un condenado cuya inocencia ha sido reconocida luego de un procedimiento de revisión.

2º La sentencia puede estar precedida de toda una serie de operaciones previas. Estas operaciones, escasas en las *jurisdicciones administrativas*, están en cambio especialmente desarrolladas en la jurisdicciones represivas, bajo la doble forma de operaciones de *policía judicial* y de medidas de *instrucción*. Durante largo tiempo, los tribunales le han aplicado el principio general de la irresponsabilidad del poder público. Pero una evolución progresiva ha atenuado esta solución arcaica y rigurosa.

a) En lo que concierne a las jurisdicciones administrativas, el Consejo de Estado ha admitido que los actos preparatorios *separables* de la sentencia pueden constituir faltas de servicio que comprometan la responsabilidad del Estado (C. E., 28 de noviembre de 1958, *Blondet, RDP,* 1959, p. 982).

b) Las actividades de *policía judicial* han sido recientemente sometidas por los tribunales judiciales al derecho común de la responsabilidad del poder público elaborado por la jurisprudencia administrativa, no solamente sobre la base de la falta de servicio sino además sobre la base del riesgo (Cas. Civ., 23 de noviembre de 1956, *Giry, Gr. Ar.*, p. 467). Es uno de los casos en el cual el orden judicial aplica directamente el derecho administrativo.

c) *La medida de instrucción* que causa mayor daño es la *detensión provisional*. La ley del 17 de julio de 1970,[42] ha previsto la indemnización del perjuicio que ella causa en el caso en que el procedimiento concluya en un sobreseimiento, o en una absolución. Sólo se repara el perjuicio anormal y especialmente grave. La indemnización es decidida soberanamente por una comisión compuesta de altos magistrados de la Corte de Casación. Se trata de un caso de responsabilidad sin falta, por aplicación del principio de la igualdad ante las cargas públicas.

3º Sea cual sea la naturaleza del acto que causa daño (sentencia, medida de policía judicial o de instrucción), éste puede dar lugar

[42] E. Pisier-Kouchner: "La responsabilité de l'État à raison d'une détention provisoire". *A J.*, 1971, p 571. A. Touffait, y L. Aversenq: "Détention provisoire et responsabilité de l'État", *D.*, 1974, Chr., p. 261.

a una falta *personal* que compromete la responsabilidad del agente culpable. Tratándose de *magistrados* y de *oficiales de la policía judicial*, la falta personal definida en términos restrictivos por el Código de Procedimiento Civil, no podía ser constatada sino por un procedimiento largo y difícil, el *recurso extraordinario de responsabilidad* (*prise a partie*). Si éste se lograba afirmativamente, la responsabilidad del Estado se substituiría a la del magistrado culpable, pudiendo ejercer de inmediato contra éste una acción de reintegro. Los simples *agentes* de la policía judicial podían ver su responsabilidad personal comprometida en las condiciones del derecho civil. Pero la falta personal era raramente reconocida.

B. *La solución actual: la ley del 5 de julio de 1972.*[43] Esta ley relativa a la reforma del procedimiento civil, establece nuevas reglas en su artículo II.

1º La ley se aplica solamente a los tribunales *judiciales*, civiles y represivos. Pero, el Consejo de Estado ha trasladado sus principios a las jurisdicciones administrativas (29 de diciembre de 1978, *Daumont*, *A. J.*, 1979, Nº 11, p. 45).

2º Ella reinvierte el principio de la irresponsabilidad, al afirmar: "El Estado está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia". Pero ella enmarca esta responsabilidad dentro de límites estrechos, sobre los dos terrenos —adopta para ello la distinción del derecho administrativo— de la *falta de servicio* y de la *falta personal*.

3º La responsabilidad por falta de servicio no existe sino en caso de *falta grave* (*supra*, Nº 287, 3º), o de denegación de justicia. En lo que concierne a las sentencias, el principio debe conciliarse con la autoridad de la cosa juzgada. No parece, pues, susceptible de aplicarse sino en casos limitados, en que la falta grave podría ser constatada sin cuestionar la autoridad de la sentencia (por ejemplo, retardo grave en su pronunciamiento): es la interpretación dada por el Consejo de Estado para la extensión de los principios rectores de la ley a las jurisdicciones administrativas en la sentencia

---

[43] Auby: "La responsabilité de l'Éat en matière de justice judiciaire (l'article 11 de la loi du 5 juillet, 1972)", *A.J.D.A.*, 1973, p. 4; M. Lombard: "La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet, 1972", *R.D.P.*, 1975, p. 585.

Daumont, precitada. En lo que concierne a las medidas de policía judicial la cuestión que se plantea es saber si la limitación de la responsabilidad a la sola falta grave condenará o no la jurisprudencia anterior que admitía la responsabilidad por falta simple e incluso por riesgo (*supra,* A., 2º, v).

4º La responsabilidad por *falta personal* no queda más sujeta al procedimiento del recurso extraordinario de responsabilidad, que desaparece. Las condiciones de esta responsabilidad dependen del estatuto de la magistratura. Pero el principio de la garantía del Estado o las víctimas de los daños causados por las faltas personales subsiste, igual que la acción de reintegro del Estado contra el culpable.

5º La ley no deroga ni la ley de 1895, sobre la reparación de los errores judiciales (*supra,* A., 1º), ni la ley del 17 de julio de 1970, sobre la reparación de los daños causados por las detenciones provisionales injustificadas (*supra,* A., 2º c).

SECCIÓN II. Los límites a la aplicación del derecho común de la responsabilidad administrativa en el campo del Ejecutivo

La teoría general de la responsabilidad del poder público elaborada por la jurisprudencia administrativa, se aplica en principio, a todas las actividades administrativas, sea cual sea la persona pública del servicio en cuestión.[44] Sin embargo, existe un cierto número de excepciones, resultante de los textos o de la jurisprudencia.

308.— A. Las supervivencias de la irresponsabilidad. Se encuentran de estas dos aplicaciones principales.

1º La teoría de los *actos de gobierno* excluye tanto la responsabilidad como el control de la legalidad. Sin embargo, la jurisprudencia citada *supra,* Nº 306, en relación con los tratados internacionales podría abrir la vía a una indemnización de las víctimas de estos actos, en caso de perjuicio anormal, sobre la base de la igualdad de todos ante las cargas públicas.

---

[44] Para la aplicación de la teoría a los servicios económicos, J. A. Mazères· "La responsabilité de la puissance publique du fait des services d'intervention économique", *Annales,* Fac. Dr. Toulouse, 1971, T. XIX, p. 33.

2º El servicio de la *distribución de correspondencia* de toda naturaleza por la administración del correo escapa a toda responsabilidad, en virtud de un texto del año V, extendido a los diversos modos de distribución, salvo los regímenes especiales que prevén una responsabilidad limitada ante los tribunales judiciales, cuando los usuarios han llenado ciertas formalidades (envíos "certificados" o "en valor declarado"). Por sus otras actividades distintas a la distribución de correspondencia, la administración del correo P.T.T., cae en el derecho común de la responsabilidad administrativa.

309.— B. La responsabilidad del poder público en las condiciones del derecho privado. Sucede frecuentemente que las personas públicas ven su responsabilidad comprometida ante los tribunales judiciales, y en las condiciones del derecho civil (Art. 1.382 y ss.), como las personas morales de derecho privado. Es principalmente el caso:

1º Por los daños causados en la gestión del dominio privado.

2º Por los daños imputables a los servicios industriales y comerciales (T. C., 22 de enero de 1921, *Colonie de la Cote d'Ivoire* precitado), y para los servicios sociales gestionados en las mismas condiciones que las obras privadas similares (T. C., 22 de enero de 1955, *Naliato*, precitado).

3º Por los daños causados por una vía de hecho (*supra*, Nº 174).

4º Por los daños causados por un vehículo administrativo (ley del 31 de diciembre de 1957, *supra*, Nº 178).[45]

310.— C. Los regímenes especiales de responsabilidad.[46] Numerosos textos legislativos consagran, en casos particulares, regímenes especiales de responsabilidad. Unos, contemporáneos con el principio de la irresponsabilidad que se aplicó durante la mayor parte del siglo XIX, quisieron hacer excepción a dicho principio en ciertas hipótesis. Los otros, más recientes, han querido indemnizar a algunas víctimas sobre bases diferentes a las que hubiera im-

[45] Mazères: *Véhicules administratifs et responsabilité publique*, 1962.

[46] C. Bréchon-Moulènes: *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, T., París, 1972.

plicado la aplicación del derecho común. Se darán algunas indicaciones generales de estos regímenes; se estudiará más especialmente a dos de ellos, en razón de su importancia práctica.

1º *Campo de aplicación.* Muy diversos y variados, estos regímenes se basan:

—sea en la cualidad jurídica de la víctima (régimen de las pensiones de invalidez para los funcionarios civiles y militares heridos o que hubiesen enfermado durante el servicio);

—sea en la cualidad jurídica del autor del daño (responsabilidad de los miembros de la educación pública);

—sea en la naturaleza del hecho que causa daño (expropiación, requisición, nacionalización, reparación de daños de guerra, de daños corporales causados por una infracción penal, etc.).

2º *Características generales.* Por diversos que sean estos regímenes, se pueden desprender algunas características comunes.

a) *El hecho generador.* La responsabilidad se basa en general no en la falta, si no en el *riesgo* (pensiones de invalidez, daños causados por los establecimientos que trabajan para la defensa nacional, por los disparos del ejército) o sobre la *igualdad de todos ante las cargas públicas* (expropiación, daños de guerra).

b) *Indemnización.* Esta es a veces *convenida* (*forfaitaire*) calculada no sobre la base del perjuicio real, sino según reglas establecidas por los textos (pensiones de invalidez, nacionalizaciones) o escalonada (*plafonnée*) (infracciones penales).

c) *Competencia.* Esta es a veces *judicial* (responsabilidad de las comunas por los daños causados por las revueltas, responsabilidad de los miembros de la educación pública, responsabilidad de daños causados por una infracción), a veces *administrativa;* en este caso, ella depende a veces de jurisdicciones especiales (jurisdicciones de pensiones, de daños de guerra).

3º *Regímenes especiales y responsabilidad de derecho común.* En principio, la existencia de un régimen especial de responsabilidad es excluyente de la aplicación del derecho común. Un funcionario herido en servicio, es indemnizado en forma especial, por la pensión de invalidez que los textos le acuerdan; el hecho que

la herida sea imputable a una falta de servicio no le da derecho a un complemento de indemnización sobre la base del derecho común.

Sin embargo, los regímenes particulares, como todas las excepciones, son de interpretación estricta. El derecho común retoma su imperio desde que la situación se aparta de la hipótesis previstas por aquéllos. En el caso del funcionario herido en servicio, si la herida es imputable a otra persona moral distinta a aquella de la que depende y que le pagará su pensión de invalidez, él puede obtener de ella, sobre la base del derecho común, una indemnización igual a la diferencia entre la pensión y el monto real del daño sufrido.

311.— **4º El régimen de la responsabilidad por daños causados por revueltas.** (C. *Communes*, Art. L. 133 - I. y s).[47] Este régimen, inicialmente basado en la idea de la responsabilidad solidaria de los habitantes de la comuna por los desórdenes cometidos sobre su territorio, ha evolucionado bastante.

a) La hipótesis a que se refiere es aquella en que crímenes o delitos cometidos "a fuerza abierta", es decir, sin que la policía haya podido impedirlos, por una aglomeración o tumulto, sea cual sea el motivo, han causado daños materiales o corporales.

b) La víctima puede obtener reparación de la comuna sin tener que probar la falta, sobre la base de la idea del riesgo social. Sólo la falta de la víctima puede exonerar a la comuna, la cual posee a su vez, una acción de reintegro contra los autores del daño.

c) La carga de la indemnización, en un segundo estadio del procedimiento, se reparte entre la comuna y el Estado. La repartición se hace, en principio, por mitad; sin embargo, la parte de la comuna puede elevarse al 80 por ciento, en caso de falta de su parte; a la inversa, ella puede desaparecer completamente si es el Estado y no ella la que dispone de la policía, o si ella tomó todas las medidas propias para prevenir el desorden.

---

[47] Ginot: *La responsabilité des communes en cas d'emeute*, tesis, Lyon, 1947; Vedel: *J.C.P.*, 1951, I, Nº 923; J. C. Maestre: "Nouveaux aspects de la responsabilité des communes du fait des dommages causés par les attroupement", *A.J.*, 1976, p. 486.

d) La competencia es judicial, tanto en lo que concierne a la acción de la víctima contra la comuna como las acciones de reintegro.

e) Este régimen se aplica, en cuanto al fondo y a la competencia, sin que haya lugar a distinguir según que el daño haya sido causado por los revoltosos mismos o por las fuerzas del orden encargadas de reprimir su acción, ni según que la víctima tenga la cualidad de tercero o la de manifestante (T. C., 24 de mayo de 1965, *Préfet de la Somme, AJ*, 1965, p. 610).

312.— 5º El régimen de responsabilidad en razón de los daños causados por alumnos de educación pública por el hecho de la falta de vigilancia de un maestro.[48]

a) Inicialmente los profesores o maestros, en virtud del artículo 1.384, del Código Civil, se presumían responsables de los daños causados por sus alumnos, y no podían exonerarse sino probando la ausencia de falta de vigilancia. Esta presunción ha sido suprimida para todos los profesores; para los maestros de la educación pública, un régimen todavía más favorable ha sido establecido (leyes del 20 de julio de 1889, y del 5 de abril de 1937).

b) La hipótesis a que se refiere es aquella en que un daño es debido a la falta de vigilancia de los alumnos por el maestro, durante o incluso fuera del trabajo escolar (recreación dirigida, obras para o post escolares).

c) La responsabilidad del Estado se sustituye enteramente a la del profesor, incluso en caso de falta personal. Es únicamente al Estado que la víctima debe pedir la reparación.

d) El Estado dispone de acciones de reintegro contra los terceros autores del daño, y en caso de falta personal, contra el maestro.

e) La competencia es uniformemente judicial, sin que haya lugar a distinguir según que la falta de vigilancia constituya una falta de servicio o una falta personal (T. C., 31 de marzo de 1950, *delle Gavillet, Rec.*, p. 658).

---

[48] Desbois: "Chronique", *D.H.*, 1937, p. 53; Waline· *D.*, 1938, IV, p. 41.

f) Si el daño tiene otra causa distinta a la falta de vigilancia (mala organización del servicio, falta de mantenimiento de los locales), el derecho común de la responsabilidad retoma su imperio, y la competencia administrativa se aplica en caso de falta de servicio.

313.— D. **La responsabilidad en razón de los daños causados por las obras públicas.** No se trata aquí, propiamente hablando, de un régimen derogatorio del derecho común de la responsabilidad administrativa. Este régimen, elaborado por la jurisprudencia en base al artículo 4 de la ley del 28 pluvioso del año VIII, aplica los mismos principios que la teoría general. El daño causado a los *usuarios* de la obra pública, es reparado sobre la base de la *falta*, pero la falta que toma aquí la forma de *falta de mantenimiento normal se presume,* y es la administración quien tiene que demostrar que no ha faltado a su obligación de mantenimiento normal de la obra. El daño causado a *terceros,* principalmente los daños permanente relativos a la existencia misma de la obra, son indemnizados sin falta, en base al *atentado a la igualdad ante las cargas públicas,* con la condición de que presenten un carácter anormal. Pero si la responsabilidad por daños de las obras públicas se relaciona con los principios generales de la responsabilidad administrativa, ella no deja de conservar, sin embargo, una cierta autonomía. Dado su vínculo estrecho con la materia de obras públicas, la cuestión es estudiada con esta materia.

SEGUNDA PARTE

LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

314.— Visión de conjunto. La organización administrativa francesa no es una. La ejecución de tareas o funciones de interés general está repartida entre el Estado, expresión de la colectividad nacional, y las colectividades locales, departamentos y comunas, investidas de personalidad moral, encargadas de administrar los intereses locales.

Existe, pues, por una parte, una administración del Estado, colocada bajo la autoridad directa del gobierno, cuyos órganos se ramifican sobre el conjunto del territorio, y por otra parte, las administraciones locales, que dependen de las autoridades departamentales y comunales, y actúan en nombre de las personas morales correspondientes.

Se estudiarán, pues, sucesivamente los principios que dominan esta organización (Título I), la administración del Estado (Título II) y la de las colectividades locales (Título III).

Es necesario insistir en la importancia de las transformaciones que están en curso en materia de organización administrativa. La fisonomía administrativa de Francia, cuyas características esenciales no habían cambiado sino muy poco desde el año VIII, parece llamada a modificarse profundamente. ¿Cómo podría no ser así? Toda organización administrativa está condicionada por un *medio humano,* por las *tareas* o *funciones* que la administración asume, y por los recursos de que ésta dispone. Ahora bien, la Francia principalmente agrícola y rural del siglo XIX se transforma en un país industrializado y urbanizado; la geografía administrativa resulta

desproporcionada en relación con la geografía humana y económica. Desde el punto de vista de las *tareas* o *funciones administrativas,* su extensión, su orientación hacia los campos económicos, sociales, culturales, ponen en tela de juicio las estructuras concebidas para otras misiones. En fin, los *nuevos recursos* que el progreso técnico pone a disposición de la acción administrativa, dada su eficacia, pero también su costo, imponen igualmente, una revisión de conjunto.

No deja de ser menos necesario, para poder comprender el sentido y la amplitud de las reformas en curso, el tener una visión exacta de la organización administrativa actual, ampliamente dominada por la herencia del siglo XIX, pero ya abierta hacia el futuro.[1]

[1] Se encuentra un excelente cuadro de conjunto en la obra de F. Gazier, *Les institutions administratives françaises,* 1967. *Cfr.* también: Hamaoui: "L'organisation administrative de la France", *Tableaux de Droit administratif,* 1971.

TITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

CAPITULO I

Centralización y descentralización

Al problema de la organización administrativa se ofrecen dos tipos de soluciones. La *centralización* concentra el conjunto de tareas o funciones administrativas a realizar en el territorio nacional, en las manos del Estado; éste las asume por medio de una administración jerarquizada y unificada. A la inversa, la *descentralización* rompe esta unidad, principalmente al reservar a las colectividades locales la carga de satisfacer libremente sus propias necesidades. Se precisarán en primer término, los caracteres jurídicos de estas dos tendencias (Sección I), luego su significado político y administrativo (Sección II), y finalmente la situación actual de Francia en relación con una y otra (Sección III).

Sección I. Caracteres generales de la centralización y de la descentralización

Ni una ni otra son inicialmente, conceptos jurídicos, sino más bien tendencias de política administrativa, vinculadas a la historia, al régimen constitucional, a las necesidades prácticas. Ellas no definen, pues, dos regímenes únicos, uniformes y opuestos; como toda tendencia, ellas comportan grados y modalidades. Pero una

y otra toman del derecho las formas mediante las cuales se caracterizan; es por ello necesario caracterizarlas desde el punto de vista jurídico.[1]

§ 1. La centralización

Ella define, por una parte, una solución al problema de las relaciones del Estado con las colectividades locales, es por otra parte, un método de organización de la administración del Estado.

315.— A. La centralización aplicada a las colectividades locales. La centralización, en su forma más rigurosa, no reconoce a las colectividades ninguna vida jurídica; el Estado, única persona pública para el conjunto del territorio nacional, asume sólo, con su presupuesto, y con sus agentes, la satisfacción de todas las necesidades de interés general. Esto no excluye evidentemente la división del territorio en circunscripciones más o menos extensas. Pero no hay que confundir las *circunscripciones,*[2] simples ámbitos destinados a permitir el establecimiento racional de servicios del Estado sobre el conjunto del territorio, a cargo de sus agentes, y las *colectividades,* que corresponden a conjuntos humanos preexistentes y que están dotadas de vida jurídica propia. Un régimen de centralización pura comporta circunscripciones, pero no reconoce colectividades.

En la práctica, la centralización difícilmente puede ir muy lejos; ella se enfrenta a una realidad: la comuna, centro de vida nacido de la historia, realidad sociológica que el régimen administrativo no puede desconocer. El Estado centralizado admite, pues, la existencia de la colectividad comunal en tanto que persona jurídica que tiene sus necesidades propias y recursos particulares; pero es él quien escoge y dirige a los agentes encargados de administrar la comuna. Tal era el régimen del año VIII, el más centralizado que Francia haya conocido; la comuna aparecía como una persona jurídica pero las autoridades comunales, nombradas por el poder central, permanecía bajo su completa dependencia. A

[1] Sobre el conjunto del problema: Eisenmann: *Centralisation et décentralisation,* 1948; Rivero: "La décentralisation, problèmes et perspectives", *Études,* 1950, p. 44.

[2] Eisenmann: "Les fonctions des circonscriptions territoriales dan l'organisation de l'administration", *Mél., Waline,* 1974, T. II, p. 413.

la tendencia centralizadora se vinculan, pues, todas las medidas que amplían el campo de las actividades del Estado en detrimento de las actividades propias de las colectividades locales, o que refuerzan sobre las autoridades locales la acción del poder central.

316.— B. **La centralización, sistema de organización de la administración del Estado.** Es su segundo aspecto, complementario del primero. La administración del Estado está rigurosamente jerarquizada. El poder de decisión está concentrado en la cima de la jerarquía, en las manos del ministro. Los niveles subordinados no hacen sino transmitir y ejecutar; transmitir las cuestiones del lugar del territorio en que se planteen hasta el ministro competente para decidirlos, trasmitir en sentido inverso, la decisión ministerial, y finalmente ejecutar las tareas concretas según las órdenes recibidas. Así, mediante la centralización, una voluntad única, que parte del centro del Estado, se trasmite hasta las últimas extremidades del país.[3]

317.— C. **La desconcentración, modalidad de la centralización.**[4] El esquema que se acaba de trazar no es de ninguna manera teórico: la administración concebida en el año VIII, por Bonaparte, correspondía bastante exactamente a él. Sin embargo, la práctica condujo a menudo a aportarle algunas atenuaciones, dando a algunos agentes administrativos del Estado el poder de decidir ellos mismos, en el lugar, cuestiones que no es necesario hacer remontar hasta el ministro; se llama *desconcentración* esta transferencia, a un agente local del Estado, de un poder de decisión ejercida hasta entonces por el jefe supremo de la jerarquía. Es siempre el Estado el que decide; pero en el lugar, y no desde París.

§ 2. La descentralización

La palabra es por sí misma, mucho menos explícita que aquellas que designan en el extranjero la misma tendencia (*selbstver waltung*, del derecho alemán, que palabra a palabra significa: po-

[3] Di Malta· *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, 1960.

[4] Valentin: "Le pouvoir administratif déconcentré", th, Lyon, 1957; Auffrey, Hervé, Meny: *La déconcentration*, 1971; J. Waline: "Pour une politique de déconcentration", *Mél., Eisenmann*. 1975. p. 178.

der de administrarse a sí mismo, *local government* anglosajón); marca solamente una tendencia a descartar el poder del centro. Es necesario, pues, precisar el sentido.

318.— A. **La descentralización aplicada a las colectividades locales.** 1º *Elementos.* La descentralización presupone dos condiciones:

a) En primer lugar, ella implica una distinción, en la masa de necesidades que la administración debe solucionar, entre aquellas que interesan al conjunto de la población —todos los franceses tienen necesidad de ser defendidos—, y aquellas que son particulares a una colectividad —el suministro de aguas al pueblo, el trolebús que une la estación de tren a la Plaza de Armas. El reconocimiento de una categoría de *asuntos locales,* distinta de la de los *asuntos nacionales,* es el primer dato de toda descentralización.

b) La segunda es el otorgamiento, a las colectividades, de *personalidad jurídica* que conlleva la autonomía financiera, sin lo cual, falta de recursos propios y de toda posibilidad de acción, no es posible que ellas puedan gestionar sus asuntos.

c) Estas condiciones son necesarias pero no suficientes. El Estado, como se ha visto, puede reconocer la existencia de asuntos locales a cargo de la colectividad personalizada, conservando, sin embargo, bajo su entera dependencia los agentes responsables de esa gestión; permanecemos en tal situación en la centralización. La descentralización no aparece sino en el momento en que los órganos encargados de los asuntos locales emanan de la colectividad, no del Estado, y poseen respecto a éste una cierta autonomía. Prácticamente, la descentralización —al menos en la época contemporánea— implica *la elección de los órganos locales por la colectividad,* que sustituye al poder central en su nombramiento.

319.— 2º **Definición.** El umbral de la descentralización se encuentra traspasado, cuando la ley acuerda, a los órganos elegidos por una colectividad personalizada, un poder de decisión sobre el todo o parte de los asuntos locales.

Se ve pues, la diferencia entre *descentralización* y *desconcentración.* En la desconcentración, la decisión es siempre tomada en

nombre del Estado por uno de sus agentes; lo que hay es únicamente sustitución del jefe de la jerarquía (normalmente el ministro), por un agente local (por ejemplo, el prefecto). En la descentralización, la decisión no se toma en nombre y por cuenta del Estado por uno de sus agentes, sino en nombre y por cuenta de una colectividad, local por un órgano que emana de ella. Los dos procedimientos conducen, ciertamente a "acercar la administración al administrado", pero por vías radicalmente diferentes.

320.— 3º Modalidades. A partir de este umbral, toda una gama de medidas puede hacer variar del mínimo al máximo el grado de descentralización. La elección, puede aplicarse a todos los órganos locales o a algunos de ellos solamente, las materias sometidas a su decisión pueden ser entendidas más o menos ampliamente, pueden verse acordar más o menos liberalmente los medios materiales que permiten ejecutar estas decisiones; en fin, los controles que el Estado mantiene sobre ellos pueden ser estrictos o flexibles.

321.— 4º Límites. La descentralización, tiene sin embargo, límites. Más allá de un cierto grado de autonomía local, las relaciones entre las colectividades secundarias y el Estado dependen, no ya de la descentralización, modalidad del Estado unitario, sino del *federalismo*. En el Estado federal, las colectividades componentes obtienen de la Constitución federal sus competencias; ellas fijan por sí mismas la forma de sus instituciones. En el Estado descentralizado, el conjunto de su régimen deriva de la ley ordinaria; las colectividades locales no tienen poder para introducir modificaciones: el Consejo de Estado anuló unas deliberaciones municipales que creaban, bajo el hombre de "Consejo de administración", un órgano no previsto por la ley (28 de octubre de 1932, *Laffite, D.*, 1932, III, p. 65) o que instituían un referéndum sobre una cuestión que dependía de la competencia del Concejo Municipal (7 de abril de 1905, *CNE, d' Aigre, Rec.*, p. 345); por el contrario, el régimen puede siempre ser modificado por la autoridad central. Por otra parte, en el Estado federal, las colectividades que lo componen, como tales, están asociados al ejercicio del poder central, lo cual no sucede en el Estado descentralizado. En tercer lugar, sus competencias se extienden a las materias legislativa y judicial,

mientras que las colectividades descentralizadas no tienen autonomía sino en el orden administrativo. En fin, mientras que en el Estado federal, los Estados miembros son soberanos en lo que concierne a las materias que la Constitución reserva a su competencia, las colectividades descentralizadas permanecen siempre colocadas bajo el control del Estado, que verifica, estrictamente, la legalidad de su acción.

La oposición que se acaba de esquematizar no podría sin embargo, hacer olvidar, ni la existencia de situaciones intermedias, de las que es difícil decir si dependen de la descentralización o del federalismo, como por ejemplo, el caso de las regiones en Italia, ni sobre todo la inspiración común, a una y otra, que es su idéntica oposición a la concentración de la totalidad del poder. Las dos fórmulas pretenden conciliar los imperativos de la unidad nacional y el respeto de las comunidades que integran la colectividad total.

322.— B. **La descentralización aplicada a la administración del Estado.** Es esencialmente a propósito de las relaciones entre Estado y colectividades locales que surgió la noción de descentralización. Pero los mismos procedimientos jurídicos, más o menos traspuestos, han sido utilizados para hacer fracasar la centralización, en tanto que define, como se ha visto, una cierta organización de la administración del Estado. Algunos servicios netamente individualizados por su objeto o su estructura, son puestos en cierta forma fuera de la jerarquía, dotados de personalidad jurídica, de un patrimonio y de órganos encargados de dirigir su acción; estos órganos gozan de cierta autonomía; la autoridad superior ejerce sobre ellos un control análogo a aquel que ella conserva sobre las colectividades. Normalmente, estos servicios constituyen la categoría de *establecimiento público* (*infra*, Nº 484 y ss.). A este método, se le da en general el nombre, de *descentralización por servicios*, para a la vez vincularla y distinguirla de la descentralización territorial. Sea cual sea el valor de esa vinculación, no hay que perder de vista, sin embargo, las diferencias profundas que separan los dos procedimientos: la elección, capital en la descentralización territorial no interviene sino excepcionalmente para la designación de los dirigentes del establecimiento público; éste

en efecto, no corresponde a una comunidad preexistente; no es sino un procedimiento jurídico que permite la mejor gestión de un servicio público.

§ 3. El control administrativo en régimen de centralización y en régimen descentralizado

323.— Control y tutela. Centralización y descentralización implican una y otra un cierto control ejercido desde arriba sobre las actividades administrativas subordinadas; pero las formas y las modalidades de ese control, muy diferentes en una y otra, permiten caracterizar los dos regímenes. A la centralización corresponde el *control jerárquico,* a la descentralización el *control de tutela.* A veces se tiene la tendencia hoy en día a abandonar el término de tutela administrativa; que evoca equivocadamente, en efecto, la tutela del derecho civil; ahora bien, estas dos instituciones no tienen absolutamente nada en común salvo el nombre; la tutela administrativa no es ni siquiera el traslado de la tutela civil al derecho público. Algunos juzgan esta analogía verbal ofensiva para las colectividades descentralizadas ya que éstas no son unas incapaces; es por ello que la Constitución de 1946, Art. 88, hablaba del "*control* administrativo de las colectividades locales"; igualmente, la Constitución del 5 de octubre de 1958, Art. 72, confía al delegado del gobierno en los departamentos la carga "del control administrativo". Es necesario, sin embargo, conservar el término de tutela, que ha reaparecido por cierto, en textos recientes (decreto del 14 de marzo de 1964); el término de control es tan vago, y tan vasto que no tiene casi ningún contenido jurídico; es pues, necesario precisarlo distinguiendo, como en el pasado, control jerárquico y control de tutela.

324.— A. El control jerárquico. En una administración centralizada el superior posee, respecto de los actos del subordinado, los más amplios poderes; puede inspirarlos por sus instrucciones, o incluso dictarlos por sus órdenes; puede, bajo ciertas reservas no despreciables,[8] reformarlos o anularlos, no solamente por razones de ilegalidad, sino también cuando lo juzgue inoportu-

[8] *Cfr.* los dos estudios de J. C. Groshens, y J. Rivero: *A.J.*, 1966, p. 140.

nos. El superior posee de pleno derecho, estos poderes sin que un texto sea necesario para atribuírselos; ellos son inherentes a su cualidad, y al rango que ocupa en la jerarquía. La desconcentración no los afecta sino en forma limitada; aún desconcentrada, la autoridad subordinada permanece sometida al superior jerárquico y a su control.

325.— B. El control de tutela. 1º Caracteres generales.[6] Es el control ejercido por el Estado sobre un órgano descentralizado, en los límites fijados por la ley.

a) Es un *control*. Sabemos que la descentralización no excluye a diferencia del federalismo, el control del Estado. Este control es necesario, a la vez, tanto en interés del Estado mismo, que debe salvaguardar su unidad política y vigilar el respeto a la ley, como en interés de la persona descentralizada, primera víctima de la mala gestión de sus representantes, y asimismo en interés de los individuos que pueden tener necesidad de una protección contra la autoridad descentralizada.

b) La tutela es normalmente una atribución del *Estado;* aparece también, sin embargo, en las relaciones de las colectividades locales (comuna y departamento) con los establecimientos públicos que dependen de ellas.

c) El control de tutela se refiere normalmente a las solas *personas públicas;* sin embargo, el lenguaje administrativo emplea el mismo término para el control ejercido sobre algunas personas de derecho privado encargadas de un servicio público (cajas de Seguridad Social, SNCF, etc.).

d) Pero el control debe conciliarse —so pena de aniquilarlo— con la libertad reconocida a la colectividad. Por ello se opone punto por punto al control jerárquico. En la centralización, la subordinación, se ha visto, es de principio y el control se ejerce sin texto: es para excluirlo que un texto es necesario. Además ella es total; el control se extiende a todos los aspectos del acto, y puede conducir a su anulación o a su modificación. Respecto a la autoridad descentralizada, por el contrario, la libertad es la regla, y el control la excepción; un texto debe establecer el principio,

[6] Maspétiol y Laroque: *La tutelle administrative*, 1930.

designar la autoridad que lo ejerce en nombre del Estado, fijarle la extensión (legalidad u oportunidad), los procedimientos. Fuera o más allá de las prescripciones legales, la tutela termina, y la libertad retoma su imperio; de allí las fórmulas clásicas: "No hay tutela sin texto, y no hay tutela más allá de los textos".

326. - 2º **La autoridad de tutela.** Es siempre en principio, una autoridad del Estado. Respecto a las colectividades locales la tutela es por lo general, desconcentrada: ella es confiada al prefecto o al subprefecto. Respecto a los establecimientos públicos nacionales, pertenece al ministro competente, llamado a menudo ministro de tutela; pero el ministro de finanzas está frecuentemente asociado a este control. En algunos casos, una autoridad de mayor nivel puede estar llamada a decidir (medida dictada por decreto en Consejo de Ministros). Por su parte, también el juez administrativo puede intervenir. Fuera de los órganos del Estado, la ley confía a veces, de manera excepcional, un cierto poder de tutela a un órgano descentralizado —que actúa entonces por cuenta del Estado— sobre otro órgano descentralizado de rango inferior: así, por ejemplo, el Consejo general respecto a algunas decisiones municipales. Además, sobre los establecimientos públicos departamentales y comunales, la tutela es normalmente ejercida por los órganos descentralizados de la colectividad territorial de los que dependen.

327.— 3º **Los procedimientos de la tutela.** La tutela puede ejercerse mediante una extensa gama de medidas de control; el legislador escoge, entre ellas, aquellas que juzga más adaptadas según el grado de autonomía que se pretende conferir a la persona moral considerada. Estas medidas conciernen, sea a la persona misma de las autoridades descentralizadas, sea a sus decisiones, sea a los medios de ejecución de estas decisiones.

a) Respecto de las *personas*, el Estado, a pesar de su designación por elección, puede reservarse un cierto poder disciplinario, a título provisional (suspensión) o incluso definitivo (destitución de un alcalde, disolución de un concejo municipal). Pero este poder está siempre estrictamente limitado; la medida debe ser tomada según un procedimiento preciso, a veces solemne (decreto en Consejo de Ministros para la disolución de un concejo muni-

cipal); en cuanto al fondo, la ley fija los motivos que pueden justificarla; en fin, se toman precauciones para que los electores procedan a reemplazar rápidamente al órgano que ha sido afectado, y para asegurar en ese lapso, la administración de la persona moral.

b) La tutela sobre las *decisiones*, considerada durante largo tiempo como esencial, puede incidir, en cuanto al fondo, en su *oportunidad*, o en su *legalidad*.

En cuanto a la forma, se puede clasificar en orden de severidad decreciente los procedimientos que ella puede utilizar:

—La decisión puede no convertirse en ejecutoria sino mediante la *aprobación* de la autoridad de tutela, sea expresa, sea tácita; en este último caso se hace ejecutoria si la autoridad de tutela guarda silencio durante un plazo determinado.

—La decisión, inmediatamente ejecutoria, puede ser anulada por la autoridad de tutela, bien en todo momento, o durante un cierto lapso; por todo motivo, o por motivos enunciados en forma limitativa.

A lo sumo la decisión no es anulable sino por ilegalidad, sea por la autoridad de tutela, o por el juez administrativo recurrido por ella; se habla en este caso de jurisdiccionalización de la tutela.

—La tutela sobre las decisiones puede estar complementada por una sanción particularmente rigurosa, el poder de *sustitución*.[7] Si el órgano descentralizado no actúa conforme a una obligación legal, sea negándose a dictar una medida obligatoria, o desconociendo las reglas de fondo que rigen la decisión (por ejemplo, no equilibrando su presupuesto), la autoridad de tutela puede ser autorizada a actuar en su lugar: después de intimarla, la sustituye, y dicta la medida en cuestión, en nombre y por la cuenta de la colectividad interesada.

c) La tutela sobre la ejecución de las decisiones, o *tutela indirecta*. Se designa a menudo, con este término, el control que el Estado se reserva por el hecho de que los medios indispensables a las personas descentralizadas cuando ellas quieran ejecutar sus

[7] Vignes: "Le pouvoir de substitution", *R.D.P.* 1960, p. 753.

decisiones, dependen de aquel solamente. Si se trata, por ejemplo, del financiamiento de una operación, es solamente a través de los órganos del Estado, o controlados por él, que las colectividades pueden pedir los préstamos necesarios, lo cual confiere a los prestamistas el más eficaz de los controles sobre la operación. Si se trata, por ejemplo, de una operación que exija la adquisición de un inmueble, el procedimiento de expropiación está en las manos de los agentes del Estado. El personal necesario es a menudo "prestado" a la colectividad por el Estado. Se podrían multiplicar, los ejemplos: por esta vía indirecta, la libertad de decisión de la que pueden gozar los órganos descentralizados corre el riesgo de permanecer más teórica que efectiva.

328.— 4º Los recursos en materia de tutela. En el régimen centralizado, el subordinado no tiene ningún medio de defender su acto ante el juez contra el ejercicio del poder jerárquico. Al contrario, desde el momento en que el poder de tutela está estrictamente limitado por la ley, es necesario dar la sanción de un recurso ante el juez administrativo, a las eventuales ilegalidades cometidas por la autoridad de tutela. La medida de tutela, en efecto, es una decisión administrativa; a ese título debe como toda decisión administrativa, adecuarse a las exigencias del principio de legalidad.

a) Es lo que el Consejo de Estado ha reconocido al abrir *el recurso por exceso de poder* contra una medida de tutela, en favor de la autoridad local, autora de la decisión, que esta medida censuró (C.E., 6 de junio de 1902, *Maire de Néris-les-Bains, Gr. Ar.*, p. 44: recurso de un alcalde contra una decisión del prefecto anulando una de sus resoluciones). El recurso puede igualmente ser intentado por la persona moral misma, por uno de los miembros de la asamblea local interesada actuando a título personal, e incluso por los particulares que tengan interés en el mantenimiento de la decisión censurada por la autoridad de tutela (por ejemplo, un funcionario municipal que se benefició de un ascenso que la decisión de tutela anula). La anulación de la medida de tutela ilegal devuelve a la decisión de la autoridad descentralizada su fuerza obligatoria.

b) Seguidamente el Consejo de Estado, aplicó a la tutela, los principios generales de *responsabilidad*: una falta cometida en el

ejercicio de la tutela puede comprometer la responsabilidad del Estado respecto a aquellos a quienes ella ha causado un perjuicio. El principio, planteado respecto a terceros (C. E., 29 de marzo de 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle, Gr. Ar.*, p. 292), ha sido extendido a la misma colectividad bajo tutela, cuando la insuficiencia del control de la autoridad de tutela, ha permitido a uno de los órganos locales perjudicar los intereses de la colectividad (C. E., 27 de diciembre de 1948, *Commune de Champigny-sur-Marne. D.*, 1949, p. 408, conclusiones de Guionin). El Consejo de Estado no sanciona solamente las ilegalidades sino, además, a las simples negligencias: en los dos casos citados, la insuficiencia manifiesta del control de tutela había hecho posibles malversaciones de fondos en perjuicio, sea de terceros, sea de la misma comuna. Sin embargo, solamente la falta grave compromete la responsabilidad del Estado.

En conclusión, si la tutela, en su principio, está plenamente de acuerdo con las necesidades de la descentralización, ella puede, en sus modalidades, limitar de manera considerable la autonomía de las personas públicas. Más temibles que la tutela sobre las personas y sobre los actos, por cierto en vías de disminución, es desde este punto de vista, la tutela indirecta: el reconocimiento a las autoridades descentralizadas de amplios poderes de decisión, no les procura sino una autonomía de fachada si ellas no poseen los medios materiales, principalmente, los recursos financieros propios, que exige toda acción administrativa de envergadura.

SECCIÓN II Significado de la centralización y de la descentralización

329.— Elementos del problema. La escogencia entre los dos sistemas está en función de múltiples circunstancias.

Desde el punto de vista *histórico*, la existencia de colectividades que tienen una larga tradición de autonomía, y a menudo anteriores al Estado, se impone a él, y lo orienta hacia la descentralización.

Desde el punto de vista *político*, la línea de división está entre los regímenes liberales, que respetan las libertades locales como las otras libertades, y los regímenes autoritarios, que se orientan

naturalmente a la centralización. No es exacto, pues vincular como se hace a menudo, descentralización y democracia: ya que todas las democracias no son liberales. La preocupación por hacer triunfar sobre todo el territorio la voluntad nacional a pesar de las resistencias locales, puede conducir a un régimen democrático hacia la centralización; la Convención impuso en Francia una centralización rigurosa. Democracia y descentralización, sin embargo, tienen, en común, desde el punto de vista formal, el recurso a la elección; además, la gestión de los asuntos locales por el pueblo y sus elegidos constituye una escuela de formación cívica, y una preparación al ejercicio de la democracia en el marco del Estado.

La preocupación *técnica,* el imperativo del rendimiento, son presentadas a menudo como actuando a favor de la centralización; los técnicos, por regla general, son centralizadores. La centralización resultaría más económica, porque permite la racionalización y la supresión de dobles empleos inherentes a las administraciones locales yuxtapuestas; ella concentra medios poderosos, que la descentralización fragmenta; sobre todo confía las tareas administrativas a agentes especializados, y no a aficionados que son los elegidos en la localidad. Pero estas ventajas tienen graves inconvenientes: la lentitud, el exceso de trabajo de las administraciones centrales, la uniformidad de soluciones, a las que la desconcentración no bastaría para remediar.

Así, la opción a favor o en contra de la descentralización parece oponer los partidarios de la libertad, que son descentralizadores, y los técnicos centralizadores. Pero el problema es más complejo: es el equilibrio del cuerpo nacional el que está en juego en el debate. La centralización, al privar de toda vida administrativa propia a la masa de ese cuerpo, en beneficio del centro donde se elabora la decisión, rompe peligrosamente este equilibrio, y se arriesga a exasperar además en el administrado el sentimiento de sujeción, incluso de hostilidad, que le inspira la enormidad y el anonimato del aparato administrativo y el desprecio de las circunstancias propias de la vida local, por parte de quienes deciden. En este sentido, la centralización puede, en el límite, y por las reacciones que suscita, llegar a resultados exactamente opuestos a los objetivos que persigue, desde el punto de vista tanto de la eficacia administrativa como de la unidad nacional.

En realidad, no se trata de un problema de escogencia entre las dos tendencias, sino solamente de una dosificación. Es bajo esta forma que el problema se plantea hoy en día en Francia.[8]

Sección III. Centralización y descentralización en la evolución del régimen administrativo francés

La evolución se ha manifestado principalmente en las relaciones del Estado y de las colectividades locales; es mucho menos precisa en lo que concierne a los establecimientos públicos.

§ 1. La tradición centralizadora de la administración francesa

330.— Fuerza de los factores de centralización de Francia. La monarquía no pudo realizar la unidad francesa sino oponiéndose, al crecimiento de las colectividades de toda naturaleza surgidas del período feudal, fuertes en sus privilegios y enraizadas en la tradición, un esfuerzo continuo de centralización administrativa. La acción de los intendentes, el desarrollo en el siglo XVIII, de las administraciones del Estado (puentes y calzadas, cuerpo de minas, etc.), son los instrumentos más conocidos de esta acción.

La tradición centralizadora fundada de esta manera no ha sido retomada, como veremos, por todos los regímenes políticos que se han sucedido desde 1789, pero cabe preguntarse si las administraciones centrales del Estado la han abandonado. La diversidad de políticas seguidas respecto a las colectividades locales, por los gobiernos, ha tenido pues, como fondo, la continuidad de la tendencia centralizadora de la administración. Esta tradición se ha encontrado reforzada en los últimos años por las tendencias tecnocráticas, favorables a la concentración de medios y a la planificación de esfuerzos, y por la voluntad de controlar el conjunto de los recursos públicos y su empleo lo cual es promovido por la administración central de Finanzas.

---

[8] Meny: *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français de 1945 a 1969*, 1974.

Esta tradición se manifiesta aún más libremente, debido a que las colectividades en Francia no tienen el tamaño ni la capacidad para oponer la resistencia de una vida local fuertemente desarrollada. El departamento es una colectividad relativamente reciente; las comunas francesas son en su mayoría pueblos y villas, muy conscientes de su individualidad, pero desprovistas de los recursos que implica una acción administrativa eficaz; las grandes ciudades capaces de bastarse a sí mismas, son raras. La primacía histórica de París, la monstruosa concentración que se opera en la capital y su periferia, completan este desequilibrio.

La tradición centralizadora juega no solamente respecto a las colectividades locales, sino además respecto a los establecimientos públicos, a los que las administraciones tradicionales tienden a frenar la autonomía.

Estas son las características que explican el débil desarrollo de la descentralización.

§ 2. Los regimenes políticos sucesivos y la descentralización

331.— A. La revolución. Esta vio la sucesión en pocos años, de un régimen en el que la totalidad de tareas administrativas estaba confiada a órganos descentralizados sobre el conjunto del territorio, lo que va mucho más lejos que la descentralización propiamente dicha, y luego, con la Convención, de una centralización rigurosa.

332.— B. **El régimen administrativo del año VIII.** Este presenta una importancia particular: dio al conjunto de la administración, los órganos que ella conserva todavía. Pero, en sus orígenes, estos órganos estaban rigurosamente centralizados. En el departamento, en el distrito, en la comuna, la administración era confiada a un agente nombrado por el poder central, dependiente por completo de él, y asistido por un consejo simplemente consultativo, igualmente nombrado: prefecto y consejo general, subprefecto y consejo de distrito, alcalde y concejo municipal.

333.— C. El movimiento descentralizador. A partir de este origen, los regímenes liberales, en el curso de los siglos XIX y XX, han caracterizado su esfuerzo descentralizador en:

1º La sustitución del nombramiento por la elección, realizada en 1831, para el concejo municipal y en 1833 para el consejo general, en 1882 para el alcalde, y anunciada para el ejecutivo departamental por la Constitución de 1946, pero no realizada.

2º La transformación de estos consejos, inicialmente consultivos, en asambleas deliberantes, duplicado de un órgano ejecutivo.

3º El aflojamiento progresivo de la tutela, al menos en lo que concierne a los actos.

Los resultados obtenidos en estos tres terrenos han sido cuestionados, total o parcialmente, por los regímenes autoritarios (Segundo Imperio, Gobierno de Vichy). La descentralización bajo esta forma, se ha implantado, sin embargo, en la vida nacional; ha sido la doctrina oficial de la III y IV Repúblicas; ella inspira las leyes, aún en vigor, que rigen el departamento (ley del 10 de agosto de 1871) y la comuna (ley del 5 de abril de 1884).

334.— D. Regreso a la centralización. Pero, después de 1926, en que todavía se ven un conjunto de medidas descentralizadoras, el empuje centralizador se afirma en los hechos, e incluso en los textos. Las dificultades financieras (la reafirmación de controles sobre el conjunto de las finanzas locales), los disturbios políticos (el Estado toma en sus manos amplios sectores de la policía municipal, *infra*, Nº 439), el desarrollo de nuevas técnicas, han jugado en el mismo sentido, de manera tan continua, que la voluntad descentralizadora afirmada por la Constitución de 1946, no ha podido prevalecer contra estas tendencias, y permanecido como letra muerta.[9] La V República, si bien procedió a un aligeramiento de la tutela (Ordenanza del 5 de enero de 1959), ha parecido en un primer tiempo, más orientada hacia la reorganización de la administración de Estado y la desconcentración, que hacia la descentralización bajo sus formas tradicionales. El proyecto sobre la creación de una nueva colectividad, la *región,* rechazado por el referéndum del 27 de abril de 1969, no le acordaba a ésta sino un grado muy débil de descentralización. Parece sin embargo, que esta situación se encuentra en vías de evolucionar.

[9] Prélot: "Les collectivités territoriales métropolitaines et la Constitution de 1946", *Rev. Adm.*, 1953, p. 7.

§ 3. La situación actual

Hay que distinguir:

335.— A. Las afirmaciones descentralizadoras. Si nos atenemos a los textos, y a la estructura de las instituciones, la descentralización persiste. Ninguna de las leyes descentralizadoras de la III República ha sido anulada. Sin duda, la Constitución de 1958, cuando afirma (Art. 72): "las colectividades se administran libremente mediante consejos elegidos y en las condiciones previstas por la ley", renuncia a las promesas de descentralización amplia formuladas por la Constitución de 1946; pero estas promesas no habían estado seguidas de efecto. Además, la Constitución de 1958, ha tomado el cuidado de reservar al legislador (Art. 34): "la determinación de los principios fundamentales de la libre administración de las colectividades locales, de sus competencias, y de sus recursos".

336.— B. Fuerza de la centralización. A pesar de las apariencias, la centralización, en realidad permanece muy fuerte; ello se debe ante todo al hecho que las colectividades locales, de dimensiones muy débiles a menudo, víctimas además de un sistema financiero deplorable, están desprovistas de los recursos materiales que permiten una autonomía efectiva, y ello en el momento en que el progreso técnico hace más onerosas las realizaciones locales si se quieren poner al nivel de posibilidades que ofrece: un hospital moderno cuesta mucho más que el viejo hospicio de antaño. En fin, algunos problemas anteriormente locales, no pueden resolverse en adelante sino en el plan nacional (suministro de energía a las localidades, suministro de agua, circulación vial): la frontera entre los "asuntos locales" y los problemas de interés nacional, tiende a atenuarse.[10]

336 bis.— Nuevas tendencias. Frente al reforzamiento de la corriente centralizadora, la insuficiencia de las afirmaciones descentralizadoras se evidencia significativamente. De allí el conjunto de esfuerzos para establecer, entre los órganos centrales y los componentes de la colectividad nacional, un equilibrio adaptado a las

[10] L. Sfez y otros, *L'objet local*, 1977.

formas y a las necesidades de la vida contemporánea. Estos esfuerzos se orientan en las siguientes direcciones:

1. *Desarrollar la potencialidad de las diversas partes del territorio.* Es la primera condición de todo movimiento descentralizador.

La hipertrofia de la aglomeración parisiense, y el insuficiente desarrollo económico de ciertas regiones como contrapartida, han conducido a reconocer la necesidad de reaccionar mediante una ordenación racional del territorio, propia a desarrollar las economías locales; de allí el establecimiento de planes regionales de desarrollo económico y social y de ordenación del territorio (decreto del 30 de junio de 1955, decreto Nº 58-1459, del 31 de diciembre de 1958), luego la "regionalización" del plan, y la creación de una *delegación general de la ordenación del territorio y de la acción regional* (D.A.T.A.R.) (d. del 14 de febrero de 1963). Los esfuerzos, intentados por esta delegación, por la vía de contratos (*supra,* Nº 107), para promover las ciudades medianas y las "regiones", van en el mismo sentido.

Este movimiento, a pesar de ser totalmente ajeno por sus métodos a las técnicas clásicas de la descentralización, puede crear de nuevo las condiciones económicas de una descentralización auténtica.

2. *Otorgar a las colectividades los medios de una acción eficaz.* Dos vías han sido consideradas para obtener este resultado. La primera es la adaptación de la estructura de las colectividades a los problemas a los cuales ellas se enfrentan. De allí la creación de la región (*infra,* Nº 342), y los esfuerzos de reagrupamiento de comunas (*infra,* Nº 402 y ss.).

La segunda vía, la más clásica, es la reforma del régimen financiero y principalmente de la legislación fiscal de las colectividades.

3. *Acercar a los interesados a los centros de decisión.* Esta preocupación ha inspirado, al comienzo, un esfuerzo importante de *desconcentración,* emprendido de manera sistemática: numerosos textos, decretos, resoluciones o circulares, han transferido en cada ministerio, del ministro o agentes locales, prefectos de región o más frecuentemente a los prefectos, el poder de decisión. *Cfr.,* por ejemplo, los textos publicados en el J. O., del 30 de noviembre

de 1968, o en materia demanial, el decreto y la resolución del 6 de febrero de 1969. Varios decretos de marzo, abril y mayo de 1976, [11] han acentuado este movimiento. Pero la tradición centralizadora trata de frenarlo y un decreto del 13 de noviembre de 1970, tuvo que intervenir para "remontar" hacia las administraciones centrales competencias desconcentradas.

Mucho más ambicioso es el *proyecto de ley para el desarrollo de responsabilidades de las colectividades locales,* actualmente en discusión en el Parlamento. Este proyecto, orientado hacia una descentralización efectiva, ha sido precedido de amplia encuesta a los alcaldes. Refleja ciertas orientaciones propuestas por una comisión presidida por M. Olivier Guichard, que se ha dedicado a un estudio profundo de los problemas planteados por la situación actual de las colectividades locales.[12] Las principales reformas enfocadas por el proyecto en su estado actual (marzo, 1980), estarán indicadas en notas en los capítulos siguientes.[13]

---

[11] Para su análisis detallado: A. de Laubadère: *A.J.D.A.*, 1976, p. 366.

[12] El informe de la Comisión Guichard fue publicado en septiembre de 1976 bajo el título *"Vivre ensemble"*. *Cf.* sobre este informe, E. Peyroux: *R.D.P.*, 1978, p. 1.623; sobre la encuesta efectuada a los alcaldes, Muzellec: *R.D.P.*, 1978, p. 1.401.

[13] El proyecto concerniente principalmente a las comunas, pero con ciertas disposiciones que se aplican igualmente a los departamentos, ha sido discutido y adoptado luego de haber sufrido modificaciones en primera lectura por el Senado en la última sesión de 1979. Unicamente los últimos artículos no pudieron ser debatidos. Volverá ante la Asamblea Nacional en la sesión de primavera de 1980, y se prevé su adopción a fines de 1980.

CAPITULO II

Los ambitos territoriales de la organización administrativa

337.— Colectividades y circunscripciones. 1º *La distinción tradicional.* La acción administrativa supone una división del territorio, que permita asegurar la satisfacción de las necesidades de interés general dondequiera que se manifiesten.

Pero, según que nos situemos desde el punto de vista de la centralización y de la administración del Estado, o desde el punto de vista de la administración local descentralizada, el sistema de división se desdobla: para el ejercicio de la administración del Estado, el territorio está dividido en *circunscripciones* administrativas, jerarquizadas, cada una de las cuales corresponde a la esfera de competencia territorial de un agente del Estado. Desde el punto de vista de la administración descentralizada, la colectividad nacional se compone de *colectividades locales,* dotadas de personalidad moral, y encargadas de administrar sus propios asuntos. La distinción de la *circunscripción,* simple ámbito para el ejercicio de la administración del Estado, privada de toda vida jurídica autónoma, y de la *colectividad* centro de intereses, sede de una acción administrativa que se ejerce en su propio nombre, es una de las claves del sistema administrativo francés tradicional.

La distinción es aún más necesaria desde el punto de vista jurídico, ya que desde el punto de vista geográfico hay a menudo coincidencia entre circunscripción y colectividad, al poseer la misma porción de territorio una y otra cualidad; así, el *departamento* que es por una parte la circunscripción esencial de la administración del Estado, y por otra parte una colectividad descentralizada que tiene sus órganos propios para la satisfacción de sus propias necesidades; la *comuna* presenta la misma dualidad jurídica. Es

indispensable comprender bien esta dualidad, y saber, para cada problema concreto si depende de la administración del Estado en la circunscripción, o de la colectividad.

2º El *establecimiento público territorial.* La distinción de las colectividades y de las circunscripciones, aun siendo esencial, no basta, desde hace algunos años, para definir todos los ámbitos territoriales de la administración; en efecto, una serie de reformas sucesivas, ha dado nacimiento a un nuevo tipo de subdivisiones territoriales que se caracterizan por los rasgos siguientes:

—Estas subdivisiones reagrupan colectividades preexistentes: sean de las comunas (sindicato de comunas, distrito, comunidades urbanas, *infra,* Nº 403 y ss.), sea departamentos (región).

—Igual que las colectividades, no son simples circunscripciones: están dotadas de personalidad moral, de atribuciones y de órganos propios.

—Pero la cualidad de *colectividad* les ha sido negada: los textos que las crean, las definen como *establecimientos públicos*: sus competencias son, pues, enumeradas limitativamente, y sus órganos no proceden del sufragio universal directo, a diferencia de aquellos de las colectividades.

Se trata, pues, de agrupaciones de base territorial, que son más que circunscripciones por el otorgamiento de personalidad, pero menos que colectividades. Entre ellos, la *región* es, a la vez, circunscripción para la administración del Estado y centro de una administración regional personalizada. El futuro dirá si estas fórmulas constituyen simples transiciones hacia la creación de nuevas colectividades, o ámbitos originales llamados a perpetuarse.

§ 1. Las subdivisiones tradicionales[14]

338.— Orígenes. La división actual del territorio nacional data de la revolución: prevista por el decreto del 22 de diciembre de 1789—8 de enero de 1790, fue realizada por las leyes de 26 de febrero y 4 de marzo de 1790. La asamblea constituyente quería con ello reaccionar contra la complejidad de las divisiones de la

[14] Bancal: *Les circonscriptions administratives de la France,* 1945.

antigua Francia, y terminar con los particularismos locales. Dos tendencias se enfrentaron: una, dominada por la idea abstracta de igualdad, tendía a una división geométrica del conjunto del país; la otra, se mostraba interesada en respetar las realidades naturales y las tradiciones. La segunda, prevaleció ampliamente.

339.— El departamento. Los departamentos también creados por la Constituyente no han sido modificados desde entonces. Su número, durante largo tiempo fijado, para la metrópolis, en 89, más el territorio de Belfort, ha sido aumentado a 93, por la reorganización de la región parisina, ley del 10 de julio de 1964 (*infra*, Nº 427 y ss.), luego a 94 (división de Córcega en dos departamentos, ley del 15 de mayo de 1975); los departamentos de ultramar son cuatro. Cada departamento es definido por un nombre y por una capital; el nombre puede ser modificado por decreto, lo cual ha sido frecuente en estos últimos años por curiosas razones de prestigio, ya que ningún departamento consentía en considerarse "inferior"; asimismo, es por un decreto que puede decidirse el traslado de la capital a otra ciudad (C. E., 26 de noviembre de 1976, *Soldani, A. J.*, p. 33, a propósito del traslado de la prefectura de Van de Draguignan a Toulon). El departamento, simple circunscripción del año VIII, ha accedido, además, progresivamente, a la calidad de colectividad.

La existencia de departamentos como colectividades descentralizadas está consagrada hoy en día por el artículo 72 de la Constitución. Su rol en tanto que circunscripciones esenciales de la administración del Estado se encuentra confirmado por el tercer parágrafo de dicho texto, que exige la presencia, en el departamento, de un "delegado del gobierno encargado de los intereses nacionales" (el prefecto). La modificación del número de departamentos depende del legislador.

340.— Las circunscripciones subordinadas al departamento. Estas datan también, de la Revolución. Son el (*arrondissement*) "distrito" (*district* de 1970, que tomó su nombre actual en el año VIII), y el *cantón*. Uno y otro constituyen exclusivamente circunscripciones para la administración del Estado, sin colectividades correspondientes. El distrito[16] poseía una asamblea elegida, el "*con-*

[16] Avril: *L'arrendissement devant la réforme administrative*, 1970.

sejo de distrito" (*conseil d'arrondissement*); pero, casi desposeídos de atribuciones, estos consejos no fueron renovados cuando el restablecimiento de las instituciones republicanas, a consecuencia de la liberación; por lo tanto ellos han desaparecido de hecho. El distrito extrae lo esencial de su vida administrativa de la presencia del *subprefecto*. El cantón juega un rol más reducido aún: raros son los servicios de Estado que poseen un nivel cantonal. El cantón extrae su importancia de su cualidad de circunscripción para la elección de los consejeros generales, *infra*, Nº 406 y la nota.

341.— La comuna, colectividad y circunscripción. Como el departamento, la comuna constituye a la vez una subdivisión para la administración del Estado, y una colectividad descentralizada. Pero mientras que el primer aspecto es más importante que el segundo para el caso del departamento, es a la inversa para la comuna, que es ante todo, una persona moral que administra sus propios asuntos. Sin embargo, la circunscripción comunal debe cumplir algunos servicios del Estado: como mínimo, una escuela y una distribución postal; asimismo el alcalde ejerce, por cuenta del Estado, atribuciones importantes (*infra*, Nº 399).

§ 2. La religión

El ámbito departamental en tanto que circunscripción de base de la administración del Estado, es objeto de crítica desde hace ya bastante tiempo. Diversas reformas han sido propuestas o ensayadas. Desde hace poco, han conducido a la creación de una nueva circunscripción, cuya función es todavía limitada, pero parece ser llamada a crecer: la *circunscripción de acción regional*,[16] convertida en *región* con la ley del 5 de julio de 1972, que introduce con la cualidad de *establecimiento público*, un elemento de descentralización.

[16] Sobre el conjunto del problema: Brun: *Départements et régions*, th. París, 1938; Closon: *La région cadre d'une administration moderne*, 1947; Borgnier: *La réforme de l'administration départamentale*, th, París, 1951; Garagnon: "Quelques projets de réforme de la circonscription départamentale", *Cahiers de la Fondation des sciences politiques*, 1952, Nº 31; Athana Ssopoulos: *Le fait régional dans la vie publique française*, th, París, 1960; Bouriol: Les institutions régionales de 1789 à nos jours, 1969; Région et administration régionale, 1970; "La région en question". *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 1977.

342.—A. **La crítica al departamento.** Esta toma dos aspectos principales.

1º El departamento es criticado *en su concepción primaria*: a la obra de la Constituyente los tradicionalistas reprochan haber destruido sistemáticamente las viejas provincias surgidas de la naturaleza y de la historia; algunos geógrafos la acusan de haber desconocido los supuestos básicos de la realidad. No es, para unos y otros, sino una circunscripción artificial. Estas quejas dan cuenta de la arbitrariedad y enmarañamiento de la división administrativa de la antigua Francia: las famosas "provincias", frecuentemente opuestas al departamento son, fuera de algunos casos precisos, principalmente en regiones de Estados, un mito literario, más que una realidad histórica.[17] Por otra parte, es falso que la constituyente haya desconocido sistemáticamente la realidad. Además, ninguna división administrativa, dada la complejidad de las realidades naturales, puede escapar al reproche de arbitrariedad; lo que la hace a la larga, parecer natural, es el tiempo y la costumbre.

2º El departamento es criticado *en relación con la evolución de la vida desde 1790*. Se admite que el departamento respondía a las necesidades de su tiempo; se niega que esté adaptado al nuestro. Entre las directrices que han guiado a los constituyentes figuraba la preocupación porque fuera posible, desde todos los puntos del departamento, llegar a la capital durante el día: distancia medida según el paso de un hombre o de un caballo; teniendo en cuenta la rapidez de las comunicaciones, el departamento en este sentido, se ha reducido. Además, y sobre todo, el rol del Estado se ha transformado: el marco departamental podía responder a las tareas administrativas clásicas, pero es muy estrecho para sus nuevas atribuciones en el orden económico y social: planificación, ordenación del territorio, no pueden ser bien desarrolladas sino comprendiendo conjuntos más amplios.

343.— B. **La evolución hacia la región: 1º Las circunscripciones regionales especializadas.** La crítica al departamento podría tener como argumento, el hecho de que desde hace ya tiempo, pero a un ritmo que se ha acelerado, la mayoría de los servicios del Estado, tomando en cuenta sus necesidades particulares, han

[17] Lameire: "L' ancienne centralisation française", *Mél., Hauriou*, p. 509.

tenido que sobreponer, a su nivel departamental, otras circunscripciones que engloban a varios departamentos, con órganos a su cabeza de competencias variables, que conforman un escalón entre la administración central y los servicios departamentales. Así nacieron circunscripciones regionales especializadas, múltiples y diversas: instancias de Cortes de apelación, academias, regiones militares, postales, radiofónicas, sanitarias, etc.... Todas tienen desde el punto de vista jurídico, el mismo rol limitado: marcan el límite territorial de las competencias de los agentes del Estado situadas a su cabeza: pero no juegan ningún rol en la administración descentralizada. Desde el punto de vista de la práctica administrativa, sus estructuras superpuestas, sus discordancias, creaban dificultades; además, ellas hacían ilusoria la función de coordinación de los servicios del Estado conferida a los prefectos, limitada al marco departamental; de allí las reformas que ellas han sufrido, en un sentido unificador (*infra*, Nº 347).

344.— 2º La primera experiencia regional (1941-1946). Intentada a la vez, por razones doctrinales y por motivos circunstanciales por los regímenes de Vichy, luego de la liberación, ella no destruía el marco departamental, sino que reagrupaba los departamentos en una veintena de "regiones". En la capital de la región, estaba el *prefecto regional*, y luego, después de la liberación, el *comisario regional de la República*, superior jerárquico de los prefectos de la respectiva circunscripción, poseía amplios poderes, principalmente en materia de policía y en materia económica. Una ley del 26 de marzo de 1946, puso fin a la experiencia. Teniendo en cuenta las circunstancias anormales en las que se desarrolló, no se la puede tener por concluyente.[18]

345.— 3º Los proyectos de reforma. Los reformadores se orientaron inmediatamente en dos direcciones: unos preconizaban una reagrupación de departamentos que no los suprimiría, como en la experiencia precedente. Otros proponían la sustitución del departamento por una unidad administrativa más vasta, que debía ser para unos, la "región", delimitada siguiendo en lo posible las realidades económicas y sociológicas; para otros (proyecto Debré) [19]

18 Legrand: *Les essais d'administration régionale*, th. Paris, 1949.

19 M. Debré: *Mort de l'État républicain*, 1947.

un "gran departamento", más estrecho que la región, pero más vasto que el departamento actual (el proyecto preveía 47).

346.— 4º Valor de estos proyectos. La supresión del departamento no parece ni fácil ni deseable. No es fácil, ya que tropezaría con la resistencia, no solamente de los elegidos, para quienes el departamento es el marco esencial de la vida política, y no solamente con los intereses vinculados al mantenimiento del *statu quo* —no siendo todos estos despreciables—, sino además con la opinión, que se ha acostumbrado al departamento: La costumbre juega ahora en su favor, y toda división nueva parecería más artificial aún.

Tampoco es deseable: las comunicaciones, se dice, son más rápidas; esto es evidente a escala mundial, pero mucho menos sensible entre el pueblo y la capital. Además, la multiplicación de las intervenciones administrativas impone hoy en día al administrado desplazamientos mucho más frecuentes a la capital. Alejar de él el centro administrativo parece enfrentarse a las necesidades prácticas.

Además, los prefectos están ya sobrecargados; la desconcentración, que se ha acentuado en su beneficio, no deja de ampliar sus competencias; la amplitud de una circunscripción regional, arriesga a exceder las posibilidades de un hombre, o en todo caso, de impedirle toda acción administrativa directa, confiándolo a una tarea burocrática.

Finalmente, no debe olvidarse que el departamento, al mismo tiempo que una circunscripción, es una colectividad personalizada y descentralizada. Para que la circunscripción regional pueda reemplazarlo en ese rol, se necesitaría que correspondiera a una realidad sociológica, a una vida común, cuya existencia está muy lejos de ser evidente en muchas regiones. Sin embargo, es una realidad que el departamento es un ámbito inadaptado y muy estrecho, para una acción económica y social de envergadura; para tal acción, la dimensión regional se impone. El problema es pues, no de suprimir, sino de completar el departamento mediante la creación de una circunscripción más amplia, sin recargar por ello con un nuevo nivel la jerarquía administrativa.

347.— C. De la circunscripción de acción regional a la región.[20] 1º Es esta vía intermedia la que fue recogida en primer lugar por los decretos del 7 de enero de 1959, y del 2 de junio de 1960, luego por el decreto Nº 64.251 del 24 de marzo de 1964. Los departamentos son objeto de una reagrupación sobre una base regional; pero esa reagrupación no interesa sino a un aspecto —en realidad el esencial— de la acción administrativa: el desarrollo económico y social y la ordenación del territorio. Se crearon, pues, 21 circunscripciones, que reúnen de 2 a 8 departamentos; cada una está dotada de un plan de desarrollo regional; para facilitar la puesta en marcha del plan, las circunscripciones regionales de los diversos servicios interesados han sido armonizadas, de manera que sus límites coincidan con las nuevas regiones, sea porque correspondan a la región, sea porque engloben varias regiones (decreto del 2 de junio de 1960, y textos subsiguientes) sobre los órganos implantados en cada región, *infra,* Nº 373. En el momento de la reforma se precisó, que ella no tendía a interponer un nivel administrativo nuevo entre el departamento, que permanece siendo la célula de base de la organización administrativa, y el poder central, sino solamente a asegurar la coordinación de las actividades departamentales que se relacionan con la ejecución de los planes.

2º Un paso mucho más decisivo fue considerado: en el proyecto de ley sometido al referéndum del 27 de abril de 1969, las 21 circunscripciones de acción regional se convertían en *colectividades,* dotadas de una asamblea deliberante, compuesta en parte de elegidos, y en parte de representantes de los grupos socioeconómicos. El ejecutivo hubiese sido el prefecto de región. Pero el proyecto, vinculado a una reforma del Senado, fue descartado por el sufragio popular.

3º El fracaso del referéndum de 1969, hizo abandonar la creación de una *colectividad* regional. Pero el debate permanece abierto, oponiendo a los defensores de un *poder regional* que parece situarse en los confines del federalismo, y el regionalismo prudente y temperado preconizado por el Presidente Pompidou. Es de esta tendencia que procede la ley del 5 de julio de 1972. Esta ley man-

---

[20] P. Ferrari, y C. L. Vier: "La loi du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions", *A.J.D.A.,* 1972, p. 491.

tiene para la *región,* que adopta oficialmente ese nombre, el carácter de circunscripción para la administración del Estado en el orden económico, tal como resulta de las reformas anteriores. Añade un elemento de descentralización: el reconocimiento de la personalidad regional, bajo la forma de un establecimiento público dotado de atribuciones, de órganos y de recursos propios (*infra,* Nº 425). La ejecución de la reforma hubiera podido acompañarse, de una modificación de la división regional actual: algunos preconizan, en efecto, para hacer contrapeso más eficaz, a la atracción de París, y para facilitar la planificación, la reducción del número de regiones de 8 ó 9 grandes conjuntos, alrededor de una de las metrópolis llamadas a sobrepasar el millón de habitantes en los próximos años. Pero esta tendencia no prevaleció, y el trazado anterior de las regiones subsiste; la creación de la región de "Ile de France" (*infra,* Nº 430), aumentó su número a 22. Sobre este punto, como sobre el carácter mismo y el rol de la región, las soluciones actuales no tienen, sin duda, sino un valor provisorio y experimental.

TITULO II

LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

348. — **Visión de conjunto.** En un país fuertemente centralizado como Francia, el conjunto de tareas administrativas consideradas como de interés nacional y asegurados, por tanto, por el Estado, es considerable. A diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña,[1] en donde la administración del Estado, a pesar de una reciente evolución, estuvo durante mucho tiempo menos desarrollada que la administración local, es la administración del Estado la que constituye lo esencial de la armadura administrativa francesa.

Ella se caracteriza por los siguientes rasgos:

1º En primer término se caracteriza por la *distinción entre los órganos que asumen la dirección suprema,* y los *órganos de preparación y ejecución.* La primera está confiada a los representantes del Poder Ejecutivo, que acumulan sus funciones administrativas con las otras atribuciones que la Constitución les asigna en el orden político; su regulación depende del derecho constitucional. La preparación y la ejecución, por el contrario, están aseguradas por un personal exclusivamente administrativo, que constituye "la Administración" en el sentido corriente del término.

2º En segundo lugar, por el principio de la *organización ministerial*: todos los servicios que asumen la satisfacción de necesidades análogas o conexas están reunidos en el marco de un mismo departamento ministerial, bajo la autoridad de un jefe jerárquico único, el ministro; sólo se exceptúan un cierto número de servicios vinculados directamente al Primer Ministro. Incluso los servicios descentralizados (establecimientos públicos nacionales) están vinculados o adscritos a un ministerio para el ejercicio de la tutela. El

[1] Garteau: *Le local government en Grande-Bretagne,* tesis, París, 1959.

departamento ministerial comprende, por una parte, órganos situados al lado del ministro para la preparación de sus decisiones (administración central); por otra parte, órganos de ejecución repartidos por todo el territorio (servicios exteriores).

3º Entre estos órganos de ejecución, la mayoría se limitan a una tarea técnica bien definida (enseñanza, mantenimiento de las vías públicas, etc.). Sin embargo, un cierto número de misiones mucho más amplias, tales como el mantenimiento del orden, que condicionan el cumplimiento de las precedentes, y que se engloban a menudo bajo el término de administración, están confiadas, a escala departamental, a un funcionario de tipo particular, el prefecto, representante del gobierno en su conjunto, y encargado al mismo tiempo de la coordinación de todos los servicios técnicos implantados en su circunscripción.

4º Combinando las observaciones precedentes, es necesario distinguir, por una parte, los *órganos centrales de la administración del Estado,* esencialmente los ministros y las administraciones centrales colocados junto a ellos, y por otra parte, los *órganos implantados sobre el conjunto del territorio,* servicios exteriores de los ministros y prefectos.

5º Al lado de estos órganos, encargados permanentemente de la *gestión* de los servicios, una evolución muy reciente tiende a confiar, a grupos poco numerosos de agentes de alta calidad, *misiones,* limitadas en el tiempo o en el espacio, pero cabalgando las atribuciones de varios servicios: misiones para la ejecución de una reforma, para la transformación económica y social de una región determinada. Esta distinción entre *administración de gestión* y *administración de misión* merece ser señalada, aunque no haya todavía afectado sino débilmente las estructuras tradicionales.

6º Todas estas distinciones no deben conducir a equívocos: desde el punto de vista jurídico, *la administración del Estado es una.* y se ejerce en nombre y por la cuenta de una sola y misma persona jurídica, el Estado. Los departamentos ministeriales no tienen ninguna extencia jurídica autónoma; es el Estado en su unidad jurídica que compromete por sus actos los diversos ministros y sus subordinados.[2]

---

[2] Delcros: *L'unité de la personalité juridique de l'Eat,* 1976.

CAPITULO I

Los órganos centrales de la administración del Estado

Estos órganos son de dos clases: por una parte, autoridades investidas, en el orden administrativo, de competencias generales: el Presidente de la República y el Primer Ministro, situados a la cabeza del sistema administrativo; por otra parte, debajo de ellos, órganos especializados en la dirección de un grupo de servicios, los ministros y sus colaboradores. Al lado de los ministros, un órgano central encargado de ejercer sobre el conjunto de la administración un tipo de control nuevo: el Mediador (*Médiateur*).

Sección I. Los órganos supremos de la administración del Estado.

349. — A. **Las competencias respectivas del Presidente de la República y del Primer Ministro.** La Constitución de 1946 había despojado al Presidente de la República de las atribuciones administrativas que le confería la ley constitucional del 24 de febrero de 1875, y que se derivaban de su carácter de jefe, al menos nominal, del Ejecutivo. Ella no le había dejado sino un poder de nombramiento respecto a ciertos altos funcionarios. Sus otras atribuciones administrativas habían sido transferidas al presidente del Consejo, único jefe de la administración. Se esperaba así dar una solución a un problema que se había planteado con agudeza bajo la III República: la ausencia, por encima de los diversos departamentos ministeriales, de un órgano supremo capaz de armonizar sus políticas a menudo contradictorias, de arbitrar sus conflictos, en definitiva, de imprimir a la acción administrativa una verdadera

unidad. De hecho, el presidente del Consejo, absorbido por las tareas puramente políticas no había podido asegurar efectivamente esta misión.

La Constitución del 4 de octubre de 1958, no dio una solución clara al problema de la dirección suprema del Ejecutivo, partiendo de la administración. Varias de sus disposiciones parecen vincularse a la solución de 1946: es el Primer Ministro, quien en tanto que Jefe del Gobierno "dispone de la administración y de las fuerzas armadas" (artículo 20); el artículo 21 le encarga personalmente de "asegurar la ejecución de las leyes", y de ejercer el poder reglamentario. Pero en sentido inverso, el Presidente de la República reasume una de sus atribuciones administrativas de 1875: él nombra "los funcionarios civiles y militares del Estado" (artículo 13), ejerciendo el Primer Ministro en esta materia, una competencia delegada (ordinal Nº 58-1.136 del 28 de noviembre de 1958); además, el Presidente firma las ordenanzas y los decretos deliberados en Consejo de Ministros (artículo 13), disposición ésta que le confiere, como hemos visto, el poder reglamentario cuando éste adopta dichas formas (*supra,* Nº 66). De estas disposiciones, y de la aplicación que de ellas se ha hecho en la práctica, se puede concluir, no en el carácter "bicéfalo"[3] de la dirección suprema de la administración, sino, al menos, en una especie de repartición jerarquizada de esta dirección: el Primer Ministro asume el ejercicio normal de la dirección suprema de la administración, como en el régimen anterior; pero el Presidente de la República dispone de atribuciones que le permiten ejercer su autoridad, respecto de las cuestiones administrativas (nombramiento, reglamentación) que tocan el campo de la alta política, tal como está esquematizado en el artículo 5 de la Constitución, y precisado concretamente por el Presidente, según las circunstancias. Para esto, dispone de colaboradores que constituyen, a nivel de la Presidencia, un embrión de servicios administrativos. Estas soluciones, que se prepararon durante la presidencia del General De Gaulle, han sido confirmadas y reforzadas por sus sucesores.[4]

[3] Vedel: *Droit administratif,* p. 23.

[4] Sobre la repartición de atribuciones entre los dos jefes del ejecutivo: F. de Baecque: *Qui gouverne la France?,* 1976.

350. — B. **Los servicios adscritos al Primer Ministro.**[5] De la presidencia del Consejo de 1946, el Primer Ministro ha heredado un conjunto de servicios que le habían estado directamente adscritos. Son de dos clases. Por una parte, el *secretariado general de gobierno,* que tiene por finalidad dar al Primer Ministro los medios de asegurar la función de dirección administrativa suprema anteriormente evocada; él tiene como rol fundamental, coordinar la preparación de las decisiones, por los diversos ministerios, que adopten la forma de decreto; preparar las reuniones del Consejo de Ministros; asegurar el vínculo con las asambleas en lo que concierne la participación del gobierno en la acción legislativa.

Por otra parte, están adscritos directamente al Primer Ministro un conjunto bastante heterogéneo de servicios cuya única característica en común es que su misión desborda el marco de un solo departamento ministerial: Dirección de la función pública, Comisariado del Plan, Alto Consejo del Audiovisual, Escuela Nacional de Administración, Dirección del *Diario Oficial,* etc.; algunos de ellos están colocados bajo la autoridad de un ministro delegado, o de un secretario de Estado.

El desarrollo de estos servicios es revelador. Cada vez son más numerosas las actividades administrativas que desbordan el marco de un solo ministerio, y que suponen una convergencia de esfuerzos. De allí, la tendencia a remediar la separación rígida (departamentalización) inherente al sistema ministerial, sea creando órganos que escapan a este sistema (el Comisariado del Plan, Misión Interministerial del Mar, decreto del 2 de agosto de 1978), sea multiplicando las estructuras de coordinación entre los ministerios[6] (*cf.* por ejemplo, del decreto del 12 de mayo de 1970, para la política industrial y el decreto del 5 de abril de 1970, para la política de la investigación científica).

SECCIÓN II. La organización central de los ministerios

351. — **Visión de conjunto.** El número de departamentos ministeriales no está fijado por la ley; él es variable, numerosos

[5] Verdeaux: "La présidence du Conseil", *R.D.P.,* 1948, p. 435; Marcel, "La présidence du Conseil", *R.D.P.,* 1958, p. 452.

[6] Delion: "Les comités interministériels", *A.J.D.A.,* 1945, p. 268.

servicios pueden estar, sea reagrupados para constituir un departamento ministerial, sea adscritos a otros ministerios (por ejemplo, los servicios del Trabajo y los de la Salud Pública pueden estar bien reagrupados en un solo ministerio de Asuntos Sociales, o repartidos en dos ministerios distintos). Un decreto es necesario para la creación de un ministerio, para su supresión, y para la transferencia de servicios de un ministerio a otro (ley del 24 de noviembre de 1945). En la práctica, las necesidades políticas juegan un rol esencial en la determinación del número de ministerios, en función de las personas que el Jefe de Gobierno considera útil asociar. Además, algunos servicios, en el marco del ministerio pueden estar reagrupados bajo la autoridad de un secretario de Estado, miembro del Gobierno. Finalmente, los secretarios de Estado pueden estar a la cabeza de un grupo de servicios colocado bajo su dirección exclusiva, sin adscripción a ningún ministerio. De todas estas prácticas, resulta cierta inestabilidad en el número y el diseño de los departamentos ministeriales.

Sin embargo, una característica permanece constante: la tendencia al crecimiento del número de ministerios. La cifra que en 1791 era de seis, oscila alrededor de doce en los gobiernos anteriores a 1914; de diecisiete, antes de 1950, y de veinte, desde entonces.[7] No hay razón para sorprenderse, teniendo en cuenta el desarrollo de las atribuciones y de los servicios del Estado: la creación en enero de 1971, de un ministerio de protección de la naturaleza y del ambiente; luego en 1974, de un ministerio de la calidad de la vida; de secretariados de Estado de la condición femenina y de la acción social, y en 1977 del consumo, son buenos ejemplos de este desarrollo comandado por necesidades nuevas, aunque una cierta inestabilidad afecte estas creaciones, de un gobierno a otro.[8]

Si cada ministerio posee su organización particular, adaptada a sus atribuciones y a menudo prevista en detalle, las grandes lí-

[7] El gobierno formado en abril de 1978 por Raymond Barre tenía el 1º de marzo de 1980, 20 ministros, 2 secretarios de Estado autónomos, 4 secretarios de Estado adjuntos al Primer Ministro, y 15 secretarios de Estado adjuntos a un Ministro.

[8] Dos ministerios para la protección de la naturaleza, y de la calidad de la vida, han sido reemplazados por un ministerio del ambiente y de la calidad de la vida; el ministerio del trabajo se convirtió en ministerio del trabajo y de la participación, el ministerio de la cultura pasó a ser el ministerio de la comunicación. Hay secretarios de Estado para la formación profesional, para el empleo femenino, para la vivienda, etc.

neas son sin embargo en todas partes idénticas: una autoridad investida del poder de decisión, el ministro (§ 1); unos órganos de preparación situados cerca de él, y la administración central (§ 2).

§ 1. El ministro

352. — A. **Régimen.** Pertenece al derecho constitucional; destacaremos solamente:

1º El carácter *político* de la *designación del ministro,* ligado a la naturaleza de su función, que es la de impulsar la actividad de los servicios confiados a él, en el sentido de la política determinada por el gobierno, bajo el control del Parlamento (Const., artículo 20).

2º La *igualdad de los ministros,* absoluta en teoría a pesar de algunas diferencias en sus títulos (ministros de Estado, ministros delegados), pero, que en la práctica se encuentra quebrantada en beneficio del Ministro de la Economía y de las Finanzas: la preparación del presupuesto, el control de los gastos, le confieren, sobre la gestión de otros ministerios, una autoridad muy eficaz. En la práctica, es el Ministerio de Finanzas quien tiende a ejercer respecto a los otros departamentos, el rol de coordinador teóricamente correspondiente al Jefe de Gobierno, lo que limita el alcance de esta coordinación a estrechas perspectivas presupuestarias y contables. Su división en dos departamentos (Presupuesto y Economía) no ha atenuado esta preponderancia.

3º La existencia de *secretarios de Estado,* miembros del Gobierno,[9] encargados de la dirección de un grupo de servicios, bien sean autónomos (ellos tienen en este caso prácticamente las mismas atribuciones administrativas que un ministro), o adscritos al Primer Ministro o al ministro con el cual se vincula su nombramiento.

353. — B. **Atribuciones.** En tanto que miembros del gobierno, los ministros participan en el ejercicio colegiado, en Consejo de Ministros, de las competencias que la Constitución atribuye al Gobierno en su conjunto. Pero su misión esencial es la *dirección del departamento ministerial* que le es confiado; ellos tienen, a

[9] Groshens: "Des secrétaires d'État", *R.D.P.*, 1955, p. 357.

este respecto, el carácter de *jefes de servicio,* con todos los poderes que de ello se derivan, unos inherentes a la función, otros previstos por los textos.

1º Ellos ejercen el *poder jerárquico* sobre todos los agentes del departamento.

Si el poder de nombramiento no les pertenece en principio, le es frecuentemente delegado; además, aun cuando el Presidente de la República o el Primer Ministro conserva el ejercicio nominal, la práctica del refrendo les restituye en amplia medida la efectividad.

Ellos determinan el cargo de sus subordinados, afectándolos o cambiándolos según las necesidades del servicio, y su *grado* en la jerarquía, determinando su ascenso, en las condiciones previstas por la ley y principalmente por el estatuto de la función pública.

Ellos ejercen, bajo las mismas reservas, el poder disciplinario.

Finalmente, ellos disponen del poder de instrucción y de modificación o reforma: ellos pueden ordenar a sus subordinados, de manera más o menos imperativa, las decisiones que éstos deben dictar, y luego ejercer sobre ellas, su control. El poder de instrucción se manifiesta por las circulares ministeriales o instrucciones de servicio, que juegan en la práctica administrativa un rol capital (*supra,* Nº 92 bis).

2º Ellos adoptan las *decisiones* que exige la marcha del servicio:

a) En principio, el *poder reglamentario* no les pertenece. Sin embargo, la práctica del refrendo pone a su disposición, para lo que concierne a su departamento, el poder reglamentario del Primer Ministro. Además, numerosos textos atribuyen a algunos de ellos un poder reglamentario propio sobre una materia determinada. En fin, incluso sin texto, su carácter de jefes de servicio les habilita a dictar los reglamentos relativos al buen funcionamiento del servicio, que se imponen a sus usuarios (C.E., 7 de febrero de 1936, *Jamar, Gr. Ar.,* p. 238, *S.,* 1937, III, p. 613, y nuestra nota). Más allá de estos poderes legales, ya considerables, los ministros tienden a utilizar la forma de la circular para elaborar sean verdaderos reglamentos que se imponen al conjunto de los administrados, sean "directrices". La jurisprudencia (*supra,* Nº 92

bis) anula por incompetencia las circulares reglamentarias, pero otorga a las directrices un cierto valor jurídico.

b) *Decisiones particulares.* El ministro, desde este punto de vista, posee poderes muy amplios y muy variados, limitados solamente por las medidas de desconcentración que trasfieren la decisión a un subordinado. En materia financiera, principalmente, está encargado de la gestión de los créditos presupuestarios del departamento: realiza los actos que comprometen los gastos; como ordenador de pagos, él firma las órdenes de pago, mediante las cuales los acreedores del Estado podrán hacerse pagar por los contables públicos.

3º Ellos *representan el Estado, persona moral,* para todo lo que concierne su departamento: gestión de bienes del dominio público afectados a su servicio, celebración de contratos, representación en justicia.

4º Ellos ejercen, sobre las personas descentralizadas que les están adscritas, los poderes de *tutela* previstos por los textos.

354. — C. La forma de las decisiones de los ministros. El ministro decide, normalmente, por vía de *resolución ministerial* (*arrêté ministériel*), con indicación de los textos que fundamentan su decisión (visas), y la decisión misma, dividida en artículos (dispositivo). Cuando ésta es desfavorable, debe, según la ley del 18 de julio de 1979, indicar sus motivos.

La resolución ministerial (*arrêté*) es, según su contenido, individual o reglamentaria.

La decisión debe llevar la firma del ministro; él no puede, en principio, *delegar* su poder de decisión, salvo autorización dada por la ley o reglamento.[10]

La decisión es publicada en el *Diario Oficial* (Journal Officiel) o en el *Boletín Oficial* (Bulletin Officiel) del ministerio, o es notificada al interesado, según que tenga un carácter reglamentario o individual.

Cuando la decisión depende de varios departamentos, debe estar firmada por todos los ministros interesados; adopta entonces la forma de *resolución interministerial.*

[10] Groshens: "La délégation de compétence", *D.,* 1958. Ch., p. 197. Maisl: *Recherches sur la notion de délégation de compétence,* tesis, París, 1972.

§ 2. La administración central

Esta se compone de diversos órganos encargados de preparar la masa considerable de decisiones que incumben al ministro.

355. — A. **El Gabinete o Despacho.**[11] Es el grupo de colaboradores personales del ministro, libremente escogidos por él, en razón de la confianza que le inspiran; sus funciones terminan cuando él abandona el ministerio. En la práctica, los principales miembros de los gabinetes ministeriales son frecuentemente escogidos entre el personal de los grandes cuerpos del Estado: Consejo de Estado, Inspección de Finanzas, Corte de Cuentas. El gabinete está organizado, según una jerarquía particular (director de gabinete, jefe de gabinete, adjuntos, o agregados, encargados de misión). Su composición, durante largo tiempo confiada a la discrecionalidad del ministro, dando lugar a veces a un crecimiento abusivo, está ahora limitada por los textos.

Las funciones del Gabinete, siempre importantes, pero difíciles de precisar, ya que dependen de las concepciones propias de cada ministro, son en parte de orden político (relaciones del ministro con el parlamento), en parte de orden administrativo, el ministro preferirá confiar a sus colaboradores personales, en lugar de las dependencias del ministerio, el estudio de ciertas cuestiones particularmente delicadas o importantes.

356. — B. **La administración central propiamente dicha.** Son las dependencias del ministerio (*bureaux du ministère*), órganos permanentes de preparación de las decisiones. Están —a diferencia del Gabinete— compuestos de funcionarios que hacen allí su carrera. Aunque desprovistos de todo poder propio (su rol se limita a la preparación, sólo el ministro decide), ellos no dejan de poser, en realidad, un poder considerable, que se debe por una parte a su estabilidad —los ministros pasan, las dependencias quedan—, por otra parte, a su tecnicismo —son ellos quienes ponen al corriente al ministro de los problemas que él debe resolver—, y asimismo, deriva del número de decisiones que incumben al ministro, tan considerable que él no puede tomar, de cada expediente, un conocimiento personal, y está obligado de seguir la opinión de

[11] Seurin: "Les cabinets ministériels", *R.D.P.*, 1956, p. 1.207.

sus colaboradores. Así se explica la continuidad, a pesar de la inestabilidad política, de la vida administrativa francesa, ya que las oficinas ministeriales prosiguen su política propia, a través de los regímenes, fundada sobre una tradición que remonta a veces al siglo XVIII.

La organización de cada ministerio está fijada por decreto. Varía de uno a otro. En todos, sin embargo, la subdivisión esencial es la *dirección*, o la dirección general, que reagrupa *oficinas y divisiones*.

El personal está jerarquizado; a la cabeza de las direcciones, los directores o directores generales, son funcionarios de muy alto rango, nombrados por decreto en Consejo de Ministros, y juegan en la vida nacional un rol a menudo ignorado, pero esencial. Por debajo, los agentes que dependen, bien sea del cuadro superior de los administradores civiles, egresados de la Escuela Nacional de Administración, o para los empleos subalternos, del cuadro de secretario de administración, reclutados por distintos concursos.

357. — C. Los organismos consultivos.[12] Son órganos situados cerca del ministro para asesorarlo, antes de la decisión, sobre ciertas categorías de proyectos preparados por la administración central. Son muy numerosos y muy diversos (Comisión superior de convenciones colectivas, Consejo superior de la Función Pública, de la Defensa, de los clases medias, alto comité del ambiente).

1º *Estatuto.* Varía de uno a otro; el texto que lo instituye fija su nombre (comité, consejo, comisión, etc.), su duración (algunos son provisionales, la mayoría son instituidos a título permanente); el régimen de sus sesiones: se reúnen, bien sea por convocatoria del ministro, o sea según su periodicidad impuesta.

2º *Composición.* Los miembros de los consejos no están formalmente llamados a integrarlos, sino en razón de su actividad o de sus funciones principales, lo que hace presumir su aptitud para dar opiniones útiles. Esta aptitud proviene, bien sea de su competencia técnica, o de su autoridad personal, o de su carácter representativo (delegado de las profesiones o de los intereses en causa), en este caso, la administración consultiva puede constituir

[12] Lachaze: "Le régime des conseils", *Revue Pol et Parl.*, 1934; Weber: *L'administration consultative*, 1968.

un medio de *participación* de los interesados en la administración. La composición de los consejos es, pues, extremadamente variada, comprendiendo por igual, tanto particulares como funcionarios.

3º *Atribuciones.* Una característica es constante: los consejos son organismos que simplemente formulan opiniones, sin ningún poder de decisión. La opinión es normalmente solicitada por el ministro, bien porque los textos lo obliguen a ello, o porque él la pida libremente; pero no lo vinculan nunca, ya que incluso, cuando está obligado a pedirla, el ministro es libre para decidir, salvo los casos muy raros en que los textos prevén que la decisión debe ser tomada sobre la "opinión conforme" del Consejo. A veces el Consejo puede activar de oficio y tomar la iniciativa de una opinión. A veces, finalmente, tiene el derecho de averiguar las consecuencias que el ministro ha reservado a su opinión.

4º Los consejos están normalmente adscritos a un ministerio; pero algunos son interministeriales; otros están adscritos directamente al Primer Ministro; se encuentran también en los servicios exteriores, junto al prefecto.

5º Hay que poner aparte dos órganos parcialmente consultivos, cuya existencia está consagrada por la Constitución, y cuyo rol es de una extrema importancia: el Consejo de Estado, órgano consultivo común a todos los ministerios, al mismo tiempo que jurisdicción administrativa (*supra,* Nº 200), y la Corte de Cuentas, que además de sus atribuciones contenciosas respecto a las cuentas de los contables públicos, "asiste al Parlamento y al Gobierno en el control de la ejecución de las leyes de finanzas" (Const., 1958, artículo 47).

6º Al lado de los órganos consultivos de tipo clásico, una evolución reciente hace aparecer unos consejos investidos de competencias más amplias, que a veces incluye un cierto poder de decisión y puede ser requerida, no sólo por las administraciones, sino tamién por los particulares. Es el caso de la *Comisión de Informática y Libertades* (*supra,* Nº 95 bis), de la *Comisión de acceso* a los documentos administrativos (*supra, ibidem*), siendo algunos de sus miembros integrantes, representantes del Parlamento. Por otra parte, la *Comisión de la concurrencia* (ley del 19 de julio

de 1977) posee competencias cuasi-jurisdiccionales. En un orden de ideas diferente, el Gobierno, cada vez más frecuentemente, recurre a las *Comisiones de estudio,* provisionales, compuestas por personalidades muy variadas, para proceder al examen profundo de un problema. Se les designa a menudo con el nombre de su presidente (ejemplo: Comisión Guichard, *supra,* Nº 336 bis). Los informes que constituyen la síntesis de sus trabajos, son a veces el origen de reformas importantes. Ese mismo tipo de estudio puede ser confiado, ya no a una comisión, sino a una sola persona: se habla entonces en el público y en la prensa, de "Señor Ruido" (*Monsieur Bruit*) o de "Señora Droga" (*Madame Drogue*).

7º La multiplicación de los consejos —se contaban recientemente más de 2.000— es una de las características de la administración contemporánea. Las ventajas son evidentes, sobre el terreno de la competencia técnica y más aún por la asociación de los interesados a la vida administrativa. Los riesgos no son menores: dilución de las responsabilidades si el ministro busca una pantalla en la opinión del consejo para evitar pronunciarse él mismo; desperdicio de fuerzas en los casos, numerosos, en que las opiniones permanecen sin consecuencia; siempre, retardo; a veces, falsa seguridad, ya que los miembros de los consejos no pueden consagrar sino un mínimo de atención a asuntos que permanecen ajenos a sus preocupaciones principales.

358. — D. Los cuerpos de inspección y de control.[18] Son cuerpos de funcionarios encargados, por cuenta del ministro, de inspeccionar los servicios exteriores del ministerio, sea desde el punto de vista técnico (inspectores generales de la enseñanza secundaria), sea del punto de vista financiero (controladores generales del Ejército, de la Marina, y sobre todo, inspección de Finanzas). Es necesario destacar este último cuerpo, que además de sus funciones propias, ha adquirido en la vida administrativa un rol de primer plano.

---

[18] Amestoy: *L'inspection générale des services administratif;* Lalumière: *L'inspection générale des finances,* tesis, París, 1956. Conviene precisar que los funcionarios, cada vez más numerosos, a los cuales el título de inspector fue otorgado por razones de prestigio (inspectores de contribuciones directas, de seguridad, etc.) no pertenecen todos a cuerpos de inspección.

SECCIÓN III. El Mediador (Le Médiateur)[14]

359. — La antigua institución sueca del Ombudsman, que fue durante muchos años ignorada fuera de su país de origen, conoció a partir de 1950, gran auge en diversos países. Gran Bretaña la adoptó y adaptó con la creación en 1967 del Comisario Parlamentario. El mediador Francés (ley del 3 de enero de 1973) está inspirado en la transformación británica del modelo sueco. La ley del 24 de diciembre de 1976 amplió sus poderes. El mediador está encargado de ejercer, sobre el conjunto de las administraciones, un control de tipo original, diferente a la vez del control jurisdiccional y de los controles administrativos tradicionales (*supra*, Nº 206).

A. *Estatuto*. El Ombudsman sueco ejerce su control por cuenta del Parlamento. También es éste el que lo designa. El mediador es, por el contrario, nombrado por decreto en consejo de ministros, de manera discrecional. La ley se esfuerza, sin embargo, de asegurar su independencia respecto al Gobierno: nombrado por seis años, no renovables, no puede ser relevado de sus funciones sino en caso de impedimento constatado regularmente. Además no recibe instrucción de ninguna autoridad, es inelegible en el Parlamento (Ley del 11 de julio de 1973.

B. *Competencia*. Su campo de acción, que se ha querido ampliar, se extiende a todas las administraciones del Estado, de las colectividades locales, de los establecimientos públicos y de los organismos investidos de una misión de servicio público. Están, sin embargo, excluidos de su control, por una parte, las controversias entre los agentes públicos cuando están en actividad y las administraciones de las que dependen; por otra parte, los asuntos ya llevados ante una jurisdicción, y *a fortiori* aquellos que cuestionan

---

[14] Sobre el mediador· A. Legrand: "Médiateur ou ombudsman?", *A.J.*, 1973, p. 229; sobre el Ombudsman: A. Legrand: "L'Ombudsman scandinave", 1970; sobre el comisario parlamentario: Marx, *R.D.P.*, 1972, p. 109; Y. Madiot: "Une institution nouvelle en droit administratif française: le médiateur", *Mélange, Stassinopoulos*, 1974, p. 543; Pierot: "Le médiateur, rival ou allié du juge administratif?", *Mélanges, Waline*, 1974. T. II, p. 683; Barbet: "De l'Ombudsman au Médiateur", *Mélanges, Ancel*, 1975, T. I, p. 231; Braibant: "Les rapports du mediateur et du juge administratif", *A.J.D.A.*, 1977, p. 233; *Cf.* también el III Coloquio franco-británico de la Sociedad de Legislación Comparada. "Le médiateur et le commissaire parlementaire", *R.I.D.C.*, 1977, p. 398, y sobre todo, los informes anuales del Mediador.

una decisión jurisdiccional. Puede, sin embargo, "hacer recomendaciones" al organismo cuestionado en el litigio, y hemos visto (*supra*, Nº 231) que la ley del 24 de diciembre de 1976 le confirió, en caso de inejecución de una sentencia, el poder de conminar a la administración de conformarse a la decisión que la condena. En cambio, él puede conocer una cuestión susceptible de ser llevada luego ante el juez; pero el recurso al mediador, a diferencia de los recursos administrativos, no interrumpe los lapsos de los recursos contenciosos.

C. *El requerimiento*. El mediador, contrariamente al *ombudsman*, no puede actuar de oficio. Su rol se limita a estudiar las reclamaciones que le son dirigidas. Pero sólo las personas físicas pueden requerirlo; quedan excluidas las personas morales. Además, las personas físicas no pueden requerirlo directamente: la reclamación —como en Gran Bretaña— debe ser dirigida a un parlamentario, diputado o senador, quien permanece dueño de su transmisión. En fin, la reclamación debe estar precedida "de las gestiones necesarias ante las administraciones", fórmula cuya vaguedad habría podido multiplicar las denegaciones, pero que ha sido interpretada de manera liberal. Estas reglas han sido un poco suavizadas por la ley del 24 de diciembre de 1976; si bien el recurso permanece excluido para las personas morales, las reclamaciones que las conciernen pueden ser presentadas en su nombre por una persona física que tenga interés propio en actuar. Por otra parte, los parlamentarios pueden requerir directamente al mediador por una cuestión de su competencia, y las asambleas pueden transmitirle las peticiones a ellas dirigidas.

D. *Los poderes del mediador*. Como sus modelos extranjeros, el mediador no tiene poder de decisión, sino solamente poderes de *instrucción* y si la reclamación le parece fundada, de *recomendación*, igualmente limitados.

Desde un primer punto de vista, éste no puede dirigirse directamente a los agentes cuestionados: éstos no pueden responder a sus preguntas o a sus convocatorias sino con autorización de los ministros. Pero éstos, desde la ley del 24 de diciembre de 1976, están *obligados* a dar esta autorización, el secreto no los exime de esta obligación, que recae igualmente sobre los cuerpos

de control a los cuales el mediador pide una encuesta, salvo en materia de defensa nacional, de seguridad del Estado y de política exterior.

En cuanto a la recomendación, ésta no obliga a la administración, que debe solamente informar al mediador de la consecuencia que ella le ha dado. Si él no estima la respuesta satisfactoria no puede sino dirigirse a la opinión, haciendo pública la recomendación que quedó sin efecto. El llamado a la opinión, ha inspirado, igualmente, el principio de la publicidad del informe que dirige cada año al Presidente de la República y al Parlamento para presentar el balance de su acción. Pero el poder de recomendación sobrepasa la solución del caso de especie: si la reclamación revela "una inequidad" que se deriva de la aplicación correcta de un texto en vigor, el mediador puede no solamente proponer una solución "equitativa", sino además, sugerir modificaciones a los textos para evitar nuevas soluciones que pueden resultar aberrantes aunque legales.

Excepcionalmente el mediador puede provocar, contra el agente que estima culpable, un procedimiento disciplinario, o incluso, diferirlo al juez represivo.

E. La institución nació de la preocupación de ofrecer al administrado, frente a una administración que él considera cada vez más como evasora, anónima, e incluso inhumana, un protector más accesible que el juez, y libre contrariamente a éste, de sobrepasar el solo respeto del Derecho. El número y la naturaleza de los reclamos planteados al mediador indican que su existencia responde a una necesidad: se trata, a menudo no de legalidades sino de torpezas —expedientes extraviados, retrasos incomprensibles, reenvío de un servicio a otro, etc.—, los cuales no pueden ser remediados por el juez y que exasperan a los particulares que son víctimas de ellos. Pero esta preocupación de protección ha debido combinar la voluntad de cuidar o vigilar el principio jerárquico, con la susceptibilidad de las administraciones y la de los parlamentarios. Esta prudencia explica el porqué la institución haya decepcionado, en un primer término, a aquellos que no encontraron en ella sino una imitación desabrida del Ombudsman. Sin duda, esto era necesario para que fuera aceptada por un medio administrativo poco receptivo. La misma prudencia marcó la acción

inicial de los primeros mediadores. Podría pensarse, en vista del número creciente de reclamaciones, que la institución dará sus frutos, y que una vez consolidadas sus bases, gracias a ella misma, podría —según el proceso seguido anteriormente por el Consejo de Estado del siglo XIX, y por el Consejo Constitucional en sus orígenes—[15] comprometerse por la vía de la audacia, llamada a justificar las esperanzas que ha sembrado.

[15] J. Rivero: "Sur la téchnique des reformes institutionnelles", *Mélanges, Dendias,* Atenas, 1978, p. 197.

CAPITULO II

Los órganos locales de la administración del Estado

Ya hemos señalado la distinción entre las tareas administrativas especializadas (mantenimiento de las vías públicas, PTT, enseñanza, etc.) y las tareas llamadas de administración general; con este nombre se designa un conjunto de actividades que comandan y condicionan las actividades técnicas: el tipo de ellas es el mantenimiento del orden público. La ejecución de las tareas administrativas especializadas en todo el territorio nacional, está confiada a los servicios exteriores de los diversos ministerios. La administración general incumbe principalmente a los prefectos, quienes están encargados además, de coordinar en el plan local la acción de las administraciones especializadas.

Se estudiará pues, sucesivamente, los servicios exteriores de los ministerios (Sección I), y los prefectos (Sección II).

Sección I. Los servicios exteriores de los ministerios

360. — Organización general. Los agente del Estado, repartidos en el conjunto del territorio, aseguran, bajo la autoridad de los ministros, las tareas confiadas a su servicio. Están reagrupados en cuerpos, que poseen cada uno, sus reglas de reclutamiento y su jerarquía.

Cada servicio está organizado según el principio jerárquico. Entre el ministro, jefe de servicio, y los agentes encargados de las tareas materiales de ejecución, se interponen, en los diversos niveles territoriales (circunscripción regional y departamental), unos órganos encargados a la vez, de dirigir la acción de los ejecutantes, y de desempeñar entre ellos y la administración central, en el sentido ascendente y en el sentido descendente, un rol de trasmisión.

La desconcentración juega en forma más o menos amplia, según los servicios, en provecho de estos órganos intermediarios. Esta organización vertical es característica de un sistema centralizado. En el nivel departamental, sin embargo, un vínculo horizontal, que las recientes reformas han considerablemente reforzado, está organizado entre los servicios del Estado por la acción del prefecto (*infra*, número 369).

SECCIÓN II. El prefecto.

361. — Orígenes y evolución. Es el mecanismo esencial de la administración local del Estado. La ley del 28 pluvioso del año VIII, retomando la tradición de los intendentes del Antiguo Régimen, colocó a la cabeza del Departamento un prefecto, representante del Gobierno y jefe de toda la administración. El prefecto estaba asistido por dos órganos consultivos: uno, el Consejo General, destinado a representar la población; otro, el Consejo de Prefectura, llamado a cumplir un rol de consultor jurídico, al mismo tiempo que funciones jurisdiccionales. Napoleón concedió a la función prefectoral, una importancia tal, que él escogió personalmente los primeros titulares.

Desde el año VIII, la institución no se ha modificado en su principio. Sin embargo, los consejos de prefectura, transformados desde 1953 en tribunales administrativos (*supra*, Nº 188), han perdido en la práctica su rol consultivo. Sobre todo, el Departamento ha visto añadirse, a su carácter inicial de circunscripción, el de colectividad descentralizada; el consejo general, elegido y no ya nombrado, se ha convertido en el órgano deliberante de la colectividad departamental. El prefecto mismo, conservando su rol primitivo, y siempre predominante de representante del Estado en la circunscripción departamental, se ha convertido en el órgano ejecutivo de la persona moral departamental (*cf.*, *infra*, Nº 418). La institución prefectoral ha recibido una consagración constitucional: el artículo 72, parágrafo 3, de la Constitución de 1958 dispone en efecto: "En los departamentos, el delegado del gobierno tiene la carga de los intereses nacionales, del control administrativo y del respeto de las leyes"; más que nunca, aparece con las reformas de 1964, como la clave de la administración del Estado.

La reagrupación de los departamentos en el ámbito de la región con miras a facilitar la realización de los planes de desarrollo económico (*supra*, Nº 347) y la designación como ***prefecto de región*** del prefecto del departamento que es capital de la metrópolis regional, no ha modificado la situación anterior en el sentido de que deja a cada prefecto en su departamento, la globalidad de sus atribuciones y sus responsabilidades.

§ 1. El estatuto de los prefectos[10]

362. — **Elementos del problema.** El doble carácter, político y administrativo, de la función del prefecto, a la vez, "delegado del gobierno" y encargado de funciones administrativas delicadas, impone, en lo que concierne a su estatuto, una escogencia inicial: el gobierno puede querer conservar a su entera discreción sus representantes, lo que conduce a negarles toda garantía de carrera; o puede, a la inversa, preferir encontrar en ellos, especialistas de la administración, lo que implica una formación y garantías de estabilidad. Así, según que se ponga el acento sobre el aspecto político de la función prefectoral o sobre su aspecto administrativo, se puede orientar su estatuto en dos sentidos opuestos.

Pero en la práctica, los dos aspectos coexisten y son igualmente esenciales; ha sido entonces necesario llegar a un compromiso. Existe un cuerpo prefectoral en el que se puede hacer carrera —es la parte relativa a la estabilidad. Pero las garantías de carrera están reducidas al mínimo, para dejar al gobierno libre, respecto a sus representantes directos. Este compromiso encuentra su expresión más reciente en los decretos del 14 de marzo de 1964 (estatutos de los subprefectos) y del 29 de julio de 1964 (estatuto de los prefectos).

363. — A. **El cuerpo prefectoral.** Los prefectos ocupan la cima de una jerarquía, situada bajo la autoridad del Ministro del Interior, cuyo primer grado está constituido por el cuadro de los subprefectos, en sí mismo subdividido en 3 clases y en numerosos niveles.

---

[10] Ventour: "Le statut du corps préfectoral", *Rev. Adm.*, 1950, p. 184; Drago: "Statut et fonctions des sous-préfets", *A.J.*, 1964, p. 280.

Los *subprefectos,* nombrados por decreto del Presidente de la República, son reclutados entre los administradores civiles del Ministerio del Interior, y supletoriamente entre otros funcionarios salidos, como éstos, de la E.N.A. Además un número limitado de cargos puede ser atribuido, bien sea a funcionarios de las oficinas de prefectura (*infra,* Nº 371), bien sea, a todos los funcionarios. La fuente esencial del reclutamiento es, pues, la E.N.A.

Los *prefectos* son nombrados por decreto del Presidente de la República dictado en Consejo de Ministros (Const., artículo 13). El decreto del 29 de julio de 1964 limita, estrictamente, el alcance de la regla tradicional, según la cual todo ciudadano apto al ejercicio de la función pública podría ser nombrado prefecto; ahora, las cuatro quintas partes de los cargos territoriales están reservados a los subprefectos o administradores civiles; sólo pueden ser escogidos entre aquellos que han alcanzado el tope de su grado. Estas disposiciones son para reforzar considerablemente la estabilidad y el tecnicismo del cuerpo prefectorial.

364. — B. La carrera prefectoral. *El ascenso* está regido por el decreto del 29 de julio de 1964. La carrera comporta una clase única dividida en siete niveles de salario, y uno fuera de clase (*hors classe*); el ascenso de nivel combina la escogencia y la antigüedad; el nivel fuera de clase está vinculado, por regla general, al nombramiento en una de las prefecturas importantes que figura en una lista establecida por decreto.

Las *obligaciones* son estrictas: el prefecto, colocado bajo la autoridad directa del Ministro del Interior, está subordinado también a cada uno de los ministros, por necesidades de sus servicios Como funcionario político está sujeto a una lealtad al gobierno, que sólo éste puede juzgar.

El cargo está a la discreción del gobierno: el prefecto puede ser cambiado de oficio; puede, además, ser puesto en disponibilidad por un período que no puede exceder cinco año, es decir, privado del cargo, lo que conlleva una reducción de salario; esta medida no tiene carácter disciplinario. Existe, además, una posición fuera de nómina (*hors cadre*), correspondiente a otros puestos diferentes a la ocupación de un cargo territorial.

Las *medidas disciplinarias,* propiamente dichas, que pueden ir hasta la destitución, no comportan sino una garantía: la comunicación del expediente, mínimo común a todos los agentes públicos.

En fin, los prefectos están privados de las garantías colectivas de que gozan los otros funcionarios; no pueden principalmente sindicarse; el derecho de asociación es el único que tienen.

En contrapartida a estas obligaciones estrictas, el prefecto, en interés mismo de la función, goza de ventajas materiales destinadas a asegurar su prestigio: vivienda, servicio, aparcamiento de automóviles, etc.

En total, la carrera prefectoral —fuera de las crisis políticas graves, como las de 1940 o de 1944, que de paso no afectaron mucho más las otras funciones públicas—, garantizan actualmente, a sus miembros, una gran seguridad, exigida por el desarrollo de su rol administrativo en relación con su rol político.

§ 2. Atribuciones de los prefectos

365. — **Visión de conjunto.**[17] Si el prefecto se ha convertido, a título accesorio, en el órgano ejecutivo de la colectividad departamental (*infra*, Nº 418), él permanece ante todo como "depositario de la autoridad del Estado en el departamento". La Constitución de 1958 esquematiza sus funciones en el artículo 72: delegado del gobierno, él tiene la carga de los intereses nacionales, del control administrativo y del respeto a las leyes. Se trata de fórmulas muy generales. El decreto Nº 64.250 del 14 de marzo de 1964, precisa un aspecto que tiende a convertirse en esencial: la dirección general de la actividad de los funcionarios del Estado en el departamento. A estas disposiciones de principio, hay que añadir la cantidad de textos diversos que, en las materias que tratan, confieren al prefecto tal o cual atribución; se han podido conseguir cerca de 1.300; su volumen no deja de aumentar, en razón de la política de desconcentración sistemáticamente practicada desde 1953, y desarrollada aún más a partir de 1968 (*cf.*, para un ejemplo reciente, decreto del 13 de noviembre de 1970, que trata de la desconcentración en lo que concierne a las decisiones en materia de inversiones del Estado). Es necesario precisar el orden de ideas a que se refieren las principales de estas atribuciones.

[17] Bonnaud-Delamare. *Les attributions juridiques des préfets et sous-préfets*, 1951; Lombard: *Le rôle financier du préfet*, tesis, París, 1937; Amet: *L'évolution des atribution des préfets de 1800 à nos jours*, tesis, París, 1954. Sobre la reforma de 1964, *cf.*, l étude de M. Delion, *A.J.*, 1964, p. 264.

366. — A. El prefecto, representante del Estado en el departamento. A esta cualidad se refiere, en primer lugar su rol de representación y el lugar que ocupa en el orden de prelación: él tiene la preeminencia sobre todas las otras autoridades del departamento, sea cuales sean. De manera más técnica, él es el *representante del Estado, persona moral*: él celebra los contratos que comprometen al Estado, interviene en la gestión de sus bienes, lo representa en justicia ante las instancias de la respectiva jurisdicción. Lo representa, igualmente, ante las empresas que gozan de un concurso financiero público. Además, él es ordenador de pagos secundarios: otorga a los acreedores del Estado sus títulos de pago, en ejecución del presupuesto.

367. — B. El prefecto, representante del gobierno. Es el aspecto político de su rol. El tiene a este título, una misión general de información: debe tener al gobierno al corriente de la opinión en el departamento; debe además orientar ésta en el sentido de la política del gobierno. Durante largo tiempo este aspecto de la función prefectoral ha parecido predominante: la tarea esencial de los prefectos, a los ojos del Gobierno, era la de preparar las elecciones conforme a sus deseos. Parece que desde 1946, las tareas de información, y las actividades administrativas, principalmente en materia económica, tienden a equilibrar las tareas de acción política.

368. — C. El prefecto, órgano de la administración general. A este título, es ante todo, responsable del mantenimiento del orden. De ello se derivan dos series de atribuciones:

1º Ejerce la *policía administrativa* en el conjunto del departamento. Las atribuciones muy importantes que posee en este campo serán estudiadas a propósito de la teoría general de la policía administrativa, *infra* Nº 439 y ss. Estas pueden además ser confiadas, en algunos departamentos, a un "prefecto delegado para la policía" (decreto del 20 de setiembre de 1972); las atribuciones prefectorales se encuentran entonces desdobladas.[18]

2º Es *oficial de la policía judicial,* en virtud del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal. Esta disposición excepcional,

[18] Esta reforma fue aplicada en el Norte, la Rhône y en Bouches-du-Rhône.

que confiere a un agente administrativo atribuciones que corresponden normalmente al poder judicial, constituye un atentado contra el principio de la separación de poderes. Esta disposición priva a los individuos de las garantías que acompañan la intervención del Poder Judicial. Tradicionalmente ha despertado las hostilidades de los liberales, que obtuvieron por un momento la supresión (ley del 7 de febrero de 1933). Necesidades prácticas han llevado a restablecerla poco después (ley del 25 de marzo de 1935), pero limitando muy sensiblemente los poderes restituidos a los prefectos.

Actualmente, ellos pueden hacer "todos los actos necesarios a efectos de constatar los crímenes y delitos... y para poner a sus autores a la orden de los tribunales": requisiciones, embargos, arrestos, etc. Pero:

a) No poseen estos poderes sino en lo que concierne a los crímenes y delitos que interesan la seguridad interior y exterior del Estado, y solamente si hay urgencia.

b) Deben, en las 48 horas, trasmitir el expediente al Procurador de la República, quien continúa entonces las investigaciones según el procedimiento normal.

A la administración general se vinculan, además, las intervenciones del prefecto en los *procedimientos administrativos de interés general*: elevación del conflicto de atribución ante los tribunales judiciales (*infra*, Nº 141), expropiación por causa de utilidad pública, requisiciones, preparación material de las elecciones, etc.

Finalmente es necesario vincular a la misma idea, las competencias muy amplias que el prefecto tiene en materia de *tutela de las colectividades locales* y de los *establecimientos y organismos públicos*, cuya acción se desarrolla en el ámbito del departamento: la Constitución (artículo 72), las menciona expresamente. El detalle de estas atribuciones será estudiado a propósito de las colectividades interesadas. Podemos vincularle además el nuevo y esencial rol que le confiere el decreto del 14 de marzo de 1964, en lo que concierne la atribución de las subvenciones del Estado a las colectividades y establecimientos públicos del departamento.

369. — D. **El prefecto, órgano de coordinación de los servicios del Estado.**[19] Representante de cada uno de los ministros, asegura bajo su autoridad la dirección general de la actividad de los funcionarios civiles del Estado en el departamento, y anima y coordina su acción (decreto del 14 de marzo de 1964, artículo 2).

Estas fórmulas no son nuevas; pero su puesta en marcha ha tropezado durante largo tiempo con la resistencia de los diversos departamentos ministeriales, poco deseosos de ver entrometerse en sus jerarquías propias, a un no-técnico, y además de ello, agente cuyo carácter político puede suscitar ciertos temores. Sin embargo, la necesidad evidente de remediar el excesivo encerramiento en sí mismo de los servicios que en el plano local podría, al ignorarse entre sí, conducir a acciones irreconciliables unas con otras, ha triunfado finalmente: en adelante, todos los poderes de decisión que tenían los jefes de servicios departamentales, sea por sí mismos, o por delegación del ministro, están transferidos al prefecto, y los poderes de decisión de nuevos no pueden estar atribuidos sino a él; las excepciones a este principio están limitativamente enumeradas en el decreto del 14 de marzo de 1964. Le compete al prefecto redistribuir los poderes de decisión monopolizados por él, pero mediante simples delegaciones de firma (*supra*, Nº 256), revocables, que dejan subsistir su responsabilidad y permiten su intervención. Su autoridad sobre los jefes de servicio, cuyos nombramientos y cambios le son previamente comunicados, se afirma aún más con el poder de notación que le es atribuido respecto a ellos, y con la obligación que ellos tienen de tenerlo informado, tanto de la marcha de su servicio como de sus proposiciones que se refieren a la adscripción o cambios de sus subordinados, sobre lo que está llamado a dar su opinión. En fin, él preside todas las comisiones administrativas. La reforma de 1964 pone a su alcance, pues, todos los medios necesarios para la coordinación de la acción administrativa en el departamento.

370. — E. **Los actos del prefecto.** Las decisiones del prefecto adoptan normalmente la forma de *resolución prefectoral* (*arrêté préfectoral*). La resolución es, o individual (nombramien-

[19] Farcat: "La fonction préfectoral et ses rapports, avec les services extérieurs et les administrations centrales", *Rev. adm.*, 1954, p. 626.

to, autorización), o reglamentaria, principalmente en materia de policía administrativa. La decisión prefectoral debe a veces estar precedida de la opinión de un órgano consultivo (muchos de estos consejos fueron suprimidos en 1953). A veces, también, está sometida a la aprobación jerárquica del ministro: pero, en principio, el silencio guardado durante dos meses implica la aprobación ministerial tácita.

El prefecto puede delegar una parte de sus poderes de decisión en algunos de sus colaboradores (secretarios generales, subprefectos en sus distritos).

§ 3. Los colaboradores del prefecto

371. — **Visión de conjunto.** Los principales pertenecen en la actualidad, ajenos uniformemente, al cuadro de los subprefectos; los otros, ajenos a este grupo, constituyen las *oficinas de la prefectura* (*bureau de la préfecture*).

A. *El cuadro de los subprefectos,*[20] cuyo estatuto (decreto Nº 64.260 del 24 de marzo de 1964, modificado por decreto del 31 de diciembre de 1971) presenta los mismos caracteres que el de los prefectos (*supra,* Nº 364), en cuanto al débil desarrollo de las garantías, tienen como misión general, "asistir al prefecto en el cumplimiento de su misión", bajo su autoridad. A este título, suministra:

1º El *jefe de gabinete,* colaborador directo y personal colocado cerca de cada prefecto, que toma en las grandes prefecturas, el título de director de gabinete.

2º El *secretario general,*[21] que dirige los servicios administrativos de la prefectura, y suple al prefecto cuando éste está ausente.

3º Los titulares de *misiones especiales* de un departamento en particular (por ejemplo: subprefecto encargado de asuntos económicos).

4º Pero la misión más característica del subprefecto continúa siendo *la administración de un distrito* (*arrondissement*). Residiendo en la capital del distrito, es un representante del poder central,

20 Gay: "Le sous-préfet", 1954; Drago: *op cit., A.J.,* 1964, p. 280.

21 Franc-Valluet: "Le secrétaire général de préfecture", *R.D.P.,* 1971, p. 1.287.

en un nivel más cercano a los administrados que la prefectura. Esta presencia que prolonga y facilita la acción del prefecto, es la razón de ser esencial de los subprefectos; ella ha impedido su supresión, a menudo prevista en el pasado; ella explica la importancia cada vez mayor que parecen estar llamados a tener. Sus atribuciones propias, poco numerosas, han aumentado con los decretos de desconcentración de 1953, que les han transferido algunas decisiones que competían al prefecto hasta entonces. Su rol principal es el de ejercer la tutela sobre las comunas: esto les permite jugar un rol, respecto a los alcaldes, a menudo, mal informados de los problemas administrativos, de consejero que facilita su proximidad.

A estas atribuciones propias pueden añadirse aquellas que el prefecto les delegue para su distrito, y que ellos ejercen bajo su autoridad.

B. *Las oficinas de la prefectura* (*Les bureau de la préfecture*).[22] Estas juegan ante el prefecto el mismo rol de preparación y de trasmisión que la administración central hace ante el ministro. Están compuestas de funcionarios del Estado, que constituyen dos cuadros distintos (adjuntos [*attachés*] de prefectura, secretarios administrativos de prefectura), reclutados por concurso, tienen su jerarquía propia, con posibilidad de acceso, en una proporción limitada, al cuadro de los subprefectos. Estas oficinas han sido reorganizadas para adaptarlas a la reforma de 1964.

§ 4. El prefecto de región [23]

Es el prefecto del departamento en donde se encuentra la capital de la región. Antes del decreto del 14 de marzo de 1964, que le da su título, no tenía, respecto a los otros prefectos de la región, sino un rol de coordinación en materia económica y social; llevaba por cierto el nombre de *prefecto coordinador*. La reforma de 1964 lo confirmó en ese rol, que él continúa acumulando con la gestión de su departamento: pero él está dotado, para asumirlo, de poderes que los textos no cesan de aumentar (*cf.*, principalmente, decretos del 10 de mayo de 1968 y del 13 de noviembre de 1970) y rodeado de órganos nuevos para asistirlo. Además,

---

[22] Triaud: *Le statut du personnel des préfectures*, tesis, Poitiers, 1947.

[23] Delion: *A.J.*, 1964, p. 339.

su acción coordinadora se extiende más allá del campo económico. En fin, la ley del 5 de julio de 1972 añade a las competencias anteriores que el prefecto de región ejerce, en tanto que representante del Estado, y que subsisten sin modificación, un nuevo título de competencia: hace de él el órgano ejecutivo del establecimiento público regional. El fenómeno del desdoblamiento funcional aparece, pues, tanto a nivel regional como a nivel departamental: el prefecto de región actúa, tanto como agente del Estado, como agente de la región personalizada. Para las atribuciones que ejerce con esta cualidad (*cf.*, *infra*, Nº 425, 3º).

372. — A. **Rol y medios de acción del prefecto de región.** 1º En materia *económica,* está encargado de la aplicación de la política que concierne el desarrollo y la ordenación del territorio de su región, lo que implica la animación y el control de la actividad de los prefectos y de los jefes de servicios regionales, así como de los establecimientos públicos y sociedades de economía mixta de competencia regional, en esta materia.

Los medios de acción de que dispone a este efecto, conciernen, principalmente, la preparación y la ejecución regional del plan, y de las inversiones públicas que interesan la región, para la realización de los cuales, el decreto del 13 de noviembre de 1970 le confiere verdaderos poderes de decisión. Además, y para estas materias, los poderes de decisión de los jefes de servicio regionales le son transferidos, según el mecanismo descrito más arriba, Nº 369, para el departamento, con posibilidad de redistribuirlos.

2º En los campos *distintos a la planificación,* él tiene un rol de control y coordinación de los servicios del Estado: tiene, respecto a los jefes de servicio regionales, el mismo poder de notación que el prefecto en el marco departamental; su información está organizada según métodos análogos; él preside las comisiones administrativas regionales.

3º En fin, los prefectos de región que residen en las capitales de las siete "zonas de defensa", creadas en materia militar, están investidos de las atribuciones anteriormente confiadas a los *inspectores generales de la administración en misión extraordiraria,* o I.G.A.M.E., en lo que concierne al mantenimiento del orden en los períodos de problemas graves que impliquen la concertación con las fuerzas armadas.

373. — B. **Los órganos colocados cerca del prefecto de región.** El decreto de 1964 creó tres:

1º Una *misión,* grupo de trabajo compuesto de funcionarios de categorías superiores destacados por un tiempo.

2º *La conferencia administrativa regional*, que reúne, bajo la presidencia del prefecto de región, los prefectos de los otros departamentos de la región, los altos funcionarios económicos y financieros, y eventualmente, a otros funcionarios cuya opinión puede ser útil; es un órgano de estudio y de coordinación, sin poder de decisión.

3º *La comisión de desarrollo económico regional,* o C.O.D. E.R. (decreto del 14 de marzo de 1964 y decreto del 10 de mayo de 1968). Era un organismo consultivo, destinado a asociar los representantes de los interesados en la preparación y en la ejecución del plan. Ella comprendía de 20 a 50 miembros: elegidos locales en una cuarta parte, representantes de las organizaciones económicas y profesionales en la mitad, y para el resto, personalidades competentes designadas por el Primer Ministro, todos nombrados por cinco años.

De estos órganos, la ley del 5 de julio de 1972 deja subsistir los dos primeros. Pero la entrada en vigor de la ley ha conllevado la supresión de las C.O.D.E.R., reemplazadas por dos asambleas que participan en la gestión del establecimiento público regional: el *consejo regional* y el *comité económico y social* (*infra,* Nº 425).

TITULO III

LAS COLECTIVIDADES DESCENTRALIZADAS

Las personas públicas descentralizadas, dotadas de una organización administrativa distinta de la del Estado, son por una parte, las personas territoriales, comuna y departamento, a las que la ley del 5 de julio de 1972 ha añadido la región, y por otra parte, los establecimientos públicos. Estos últimos constituyen, en principio, un modo de ordenación de los servicios públicos; es difícil comprender su régimen fuera de las perspectivas y de los problemas de esta ordenación. Es, pues, en el marco general de los procedimientos de gestión de servicios públicos que serán estudiados. El presente título será consagrado a la comuna (Cap. I), al departamento (Cap. II), a la región (Cap. III), y a la aglomeración parisina (Cap. IV).[1]

[1] Obras generales sobre la administración de las colectividades locales: Chapman: *L'administration locale en France*, 1955; Detton· *L'administration régionale et locale de la France*, 1957; Doueil: *L'administration locale à l'épreuve de la guerre*, tesis, Toulouse, 1948; Benoit: *Collectivités locales*, 1971. Existen publicaciones especializadas: *La vie communale et départamentale*, *Départaments et communes*.

CAPITULO I

La organización administrativa de la comuna

Sección I. Generalidades[2]

§ 1. La colectividad comunal

374. — A. La realidad comunal. Tres rasgos caracterizan la estructura comunal francesa:

- *la antigüedad*: muy raras son las aglomeraciones que se formaron después de la Edad Media, y la mayoría tienen un origen más antiguo, a veces romano, o incluso, pre-romano;

- *la multiplicidad*: hay en Francia 37.708 comunas;

- *la exigüidad*: sobre este total, más de 23.000 comunas tienen menos de 500 habitantes, y 3.500 no tienen ni siquiera 100; Francia es un país en el cual los pueblos y aldeas son más numerosos que las grandes ciudades.

Estos rasgos explican, a la vez, la fuerza del patriotismo comunal —cada colectividad tiene una conciencia neta de su propia existencia, herencia de una larga duración— y la relativa pobreza de la vida administrativa local: la exigüidad de las comunas, la falta de recursos, no han permitido el desarrollo de una verdadera autonomía municipal, contrariamente a lo que pasó en las regiones que conocieron temprano las poderosas aglomeraciones comerciales (Flandes, Alemania del Norte).

[2] Obras generales sobre la comuna: Maspétiol: *L'organisation municipale*, 1934; Morgand: La loi municipale, 2 volúmenes, 1952; Vidal: *Code practique annoté de l'administration communale*, 1958; Bernard: *Le grand tournant des communes*, 1969. Sobre los problemas actuales, *cfr.*, *A.J.D.A.*, octubre de 1976, número especial, "Problèmes communaux".

Hoy en día, el problema comunal se plantea en forma aguda: la desproporción entre los recursos que, en las pequeñas comunas son irrisorios, y las cargas, que aumentan por el hecho de la urbanización y de la elevación del nivel de vida, no cesa de agravarse. De allí la multiplicación de las fórmulas que tienden a facilitar, sea la reagrupación de comunas en un conjunto más vasto (sindicato de comunas, distrito, comunidad urbana), sea de manera más radical, la fusión de comunas. El conjunto del problema, y la aplicación sistemática de estas fórmulas que fue realizada en el curso del año 1972, en aplicación de una ley del 16 de julio de 1971, serán estudiados, *infra,* Nº 402 y s.

La insuficiencia de los resultados obtenidos por esta ley han conllevado a la creación, en 1976, de una comisión presidida por el señor Guichard, que entregó su informe a comienzos de 1977 (*supra,* Nº 336 bis). Las importantes reformas propuestas han sido objeto de una encuesta dirigida a los elegidos locales directamente implicados. El proyecto de ley que está parcialmente concluido (*supra, ibidem*), actualmente en curso de discusión en el Parlamento, aportará al régimen comunal, en un futuro próximo, transformaciones en las cuales es difícil prejuzgar su amplitud, teniendo en cuenta las modificaciones que los debates parlamentarios tratarán de introducir, pero de los que se espera que sean importantes.

375. — B. Caracteres jurídicos de la comuna. 1º *La comuna, colectividad y circunscripción.* Sabemos ya que la comuna presenta una doble naturaleza; es en primer lugar, y principalmente, una colectividad descentralizada; accesoriamente es también una circunscripción territorial para la gestión de ciertos servicios del Estado (*supra,* Nº 341). Reencontraremos este doble carácter en la doble serie de atribuciones del alcalde.

2º *La comuna, territorio y población.* La comuna no se reduce a la aglomeración que le da su nombre: ella tiene un territorio, a menudo bastante grande, limitado por el de las comunas vecinas, ya que el conjunto del territorio nacional fue repartido, a partir de 1821, entre las comunas. De ello se deduce que la competencia de las autoridades comunales se ejerce, no solamente respecto a los miembros de la colectividad domiciliados sobre el territorio de la comuna en que residen, sino además, hasta los lí-

mites de ese territorio sobre todos aquellos que circulen por él (*cf*., la reglamentación municipal del cruce de una aglomeración por automóviles).

3º *Las garantías jurídicas de la existencia de las comunas.* La existencia de la comuna como colectividad descentralizada está garantizada por la Constitución del 5 de octubre de 1958, artículo 72.

A esta garantía general, la Constitución de 1946 añadía otra, al reservar al legislador las modificaciones de la estructura comunal: marco o ámbito, extensión, reagrupación eventual de las comunas (artículo 86). Estas disposiciones han desaparecido de la Constitución actual; las modificaciones a los límites territoriales de las comunas, su supresión eventual, así como el cambio de nombre de una comuna dependen del solo poder ejecutivo (C. Comunas, Art. L, III-I y ss., L. 112-19 y ss.).[3]

§ 2. Evolución del régimen de las comunas[4]

376. — A. Hasta el año VIII. 1º *El antiguo régimen.* Hasta la Revolución, reinaba la más grande diversidad en materia comunal; las parroquias de las regiones planas del país, las comunidades de habitantes, no poseían vida jurídica propia. La que había sido conferida a un gran número de colectividades urbanas o rurales encontraba su origen en algunas Cartas especiales, que consagraban estatutos muy diversos, según las regiones y las épocas.

2º *La Revolución.* Esta substituyó, a esta diversidad nacida de la historia, un régimen de rigurosa uniformidad. Todas las comunidades de habitantes acceden a la vida jurídica y a la cualidad de comuna; fue esta medida absolutamente capital la que llevó a la proliferación de las pequeñas comunas, característica del sistema francés de administración local. Además todas las comunas, sea cual sea su importancia, están sometidas al mismo estatuto.

Este estatuto fue evolucionando de la siguiente manera:

[3] El proyecto en discusión prevé la posibilidad, para cada concejo municipal, de dividir la comuna en barrios, dotados cada uno de una alcaldía anexa ocupada por un adjunto.

[4] Petit-Dutaillis: *Les communes françaises*, 1947.

a) Un régimen de descentralización integral (ley del 14 de diciembre de 1789) en el que la totalidad de las tareas administrativas en la comuna está confiada, bajo el control de las autoridades elegidas de los niveles territoriales superiores, a los órganos municipales, todos elegidos: concejo municipal deliberante, ejecutivo colegiado presidido por el alcalde, el síndico procurador encargado de hacer respetar la ley.

b) Una vigorosa centralización de hecho con la Convención.

c) Finalmente, con la ley del 5 fructidor del año III, la búsqueda de un equilibrio entre estos dos extremos. Pero el principal interés de esta ley está en su tentativa de reacción contra la uniformidad; consciente del problema planteado por las pequeñas comunas, las reagrupaba, por debajo de 5.000 habitantes en el marco del cantón, para una administración colectiva (municipalidad del cantón), la idea fue retomada en el informe Guichard, pero no en el proyecto de ley en discusión.

377. — B. **La centralización del año VIII.** La ley del 28 pluvioso del año VIII, marca el punto de partida de la evolución actual; restablece la uniformidad; y le añade la centralización. La comuna conserva la personalidad moral; pero el alcalde que la administra, y el concejo municipal, asamblea principalmente consultiva, compuesta de 10 a 30 miembros, según la importancia de la comuna, son nombrados por el poder central, y colocados bajo la autoridad jerárquica del prefecto.

378. — C. **Las etapas de la descentralización.** 1º La elección se establece, para el concejo municipal desde la ley del 21 de febrero de 1831, para el alcalde, solamente con la ley del 28 de marzo de 1882.

El concejo municipal se convierte en asamblea deliberante y no más órgano consultivo, en 1837; leyes sucesivas extienden sus atribuciones y aligeran la tutela sobre sus deliberaciones, en 1867, 1884 y 1926.

2º El movimiento de descentralización conoce luego una larga interrupción. Incluso, si se deja de lado el paréntesis del régimen de Vichy, rigurosamente centralizador, conforme a su carácter autoritario, la tendencia centralizadora se reafirmó netamente desde los

años 1930. Numerosos textos de detalle han reforzado la tutela, sobre todo en materia financiera, han transferido al Estado todo o parte de algunas materias hasta entonces puramente comunales (mantenimiento del orden, higiene pública), han impuesto a las comunas, para la organización de sus servicios y el estatuto de su personal, reglas imperativas que limitan su libertad de acción. La Constitución de 1946 anunciaba una nueva ley municipal de inspiración descentralizadora, pero esta promesa no fue llevada a cabo.

3º En reacción contra esta tendencia, un cierto regreso a la descentralización, principalmente por el aligeramiento de la tutela, se afirma con la ordenanza del 5 de enero de 1959 y la ley del 31 de diciembre de 1970. Pero es sobre otros terrenos que se plantean hoy en día los verdaderos problemas de la administración comunal.

379. — D. **La renovación de los problemas de la comuna.** La descentralización, bajo su forma tradicional, no basta para resolver los problemas que plantea hoy en día la colectividad comunal. Es su estructura misma la que está en tela de juicio. El paso de una civilización rural a una sociedad industrial y urbana conlleva un debilitamiento de las pequeñas comunas, pero también, las aglomeraciones que engloban varias comunas en un solo conjunto, no tienen ni el estatuto ni los medios que permitan hacer frente a su crecimiento. Al mismo tiempo aparece la preocupación de hacer participar a la población en la gestión comunal de manera más efectiva que lo que permitía la descentralización clásica. Estas necesidades, que se imponen con fuerza creciente, se traducen en multiplicidad y aceleración de reformas: el régimen de las comunas entró en un período de inestabilidad y de renovación.

380.— E. **El régimen actual.** A pesar de las evoluciones en curso, el régimen actual permanece todavía definido en lo esencial, por la ley del 5 de abril de 1884, frecuentemente modificada desde entonces y cuya sustancia pasó al decreto del 22 de mayo de 1957 sobre la codificación del conjunto de textos legislativos que conciernen la administración comunal, llamado Código de la administración comunal, reemplazado luego (decretos del 27 de enero, 7 de marzo y 28 de marzo de 1977) por el *Código de Comunas* (citado de abreviación: *C. Comunas*). La comuna se caracteriza todavía por su *uniformidad, heredada* de la Revolución: la ley no

distingue, como muchas legislaciones extranjeras, entre comunas rurales y urbanas; no ha tomado en cuenta durante largo tiempo la cifra de población sino para algunos detalles (número de concejales municipales, de adjuntos). La administración comunal, en todas las comunas, continúa confiada a dos órganos esenciales creados en el año VIII: El concejo municipal, órgano deliberante, el *alcalde*, órgano ejecutivo, que serán objeto de estudio en las dos secciones siguientes.[6] Se estudiará luego las derogaciones del régimen tradicional así descrito, en las que se manifiesta el esfuerzo de renovación que exigen los problemas actuales, los principalmente se originan, por el fenómeno de la urbanización (creación de ciudades nuevas), o sobre todo, por la política de reagrupación de las comunas.

Sección II. El Concejo Municipal

§ 1. Composición

En cada comuna, existe un concejo municipal, compuesto por concejales, cuyo número varía de 9 (comunas compuestas por menos de 100 habitantes) a 37 (por encima de 60.000 habitantes), y a 49 (por encima de 300.000) elegidos por el sufragio universal de los electores inscritos en la comuna.

381. — A. **La elegibilidad** Son elegibles todos los electores mayores de 21 años (ley del 23 de diciembre de 1970), vinculados a la comuna por un lazo legal, que puede ser, sea el domicilio (para las tres cuartas partes de los elegidos), o la cualidad de contribuyente en la comuna. Existen *impedimentos* absolutos, que prohíben ser candidato en cualquier comuna, e impedimentos relativos: los prefectos, los magistrados, los miembros de la policía, no pueden ser candidatos en las comunas de su ámbito territorial; los agentes comunales no pueden serlo en la comuna que los em-

[6] El proyecto de ley en discusión introduciría, en este sistema basado en la elección, dos elementos de democracia directa: por iniciativa del alcalde, el concejo municipal, en las comunas de más de 2.000 habitantes, podría, o bien consultar a los electores sobre una cuestión de interés comunal, o bien, transferirle el poder de decidir en su lugar, por medio del referéndum, un asunto relevante de su competencia, con excepción del presupuesto. Pero el Senado ha descartado esta segunda posibilidad. El proyecto prevé, por otra parte, una información a los habitantes sobre aquellas operaciones de ordenación que interesan la vida de la población y que no son objeto de una encuesta previa.

plea, los empresarios y concesionarios de obras y de servicios públicos en aquellas con las que tienen relación de negocio.

Existen ciertas *incompatibilidades*: prefectos y funcionarios de policía deben optar entre su mandato y sus funciones; igualmente nadie puede ser simultáneamente concejal municipal en dos comunas; en fin, en las comunas de más de 500 habitantes, los familiares cercanos no pueden sesionar juntos en el concejo. Por el contrario, no hay incompatibilidad entre el mandato municipal y los de consejero general o de miembro del Parlamento.

382. — B. La operación electoral. El modo de escrutinio, uniforme en la ley del 5 de abril de 1884, diferente, según la importancia de las comunas desde la ley del 5 de setiembre de 1947, está regido por la ordenanza del 4 de febrero de 1959, para las comunas de menos de 30.000 habitantes, y por encima de esta cifra, por la ley del 27 de junio de 1964.

1º *Comunas de menos de 30.000 habitantes*

a) La elección tiene lugar mediante *escrutinio de lista*: cada elector está llamado a designar todos los concejales municipales. Esto sucede así, excepto en las comunas compuestas de varias aglomeraciones distintas: hay que evitar en este caso, que la aglomeración minoritaria se encuentre privada de toda representación en el concejo. De allí el procedimiento del *seccionamiento electoral*: la comuna, para el voto, es dividida en secciones de las que cada una elige un número de concejales correspondientes a su población (2 como mínimo). Es el consejo general quien toma la decisión. Un procedimiento bastante estricto tiende a prevenir la utilización del seccionamiento con fines políticos; los abusos eran frecuentes antes de 1947, ya que los casos en que él podía intervenir eran más numerosos y menos precisos, lo que permitía el seccionamiento, cuyo único objetivo era el de asegurar el triunfo de un partido. Ellos han desaparecido prácticamente.

b) El escrutinio de lista es *mayoritario y en dos vueltas;* cada lista debe comportar tantos candidatos como cargos haya que llenar, salvo en las comunas de menos 2.500 habitantes, donde las listas incompletas, e incluso las candidaturas individuales, son admitidas.

2º *Comunas de más de 30.000 habitantes.* Antes de la reforma de 1964 estaban sometidas al régimen que se acaba de describir; pero por encima de 120.000 habitantes, la elección se hacía por representación proporcional; ésta desaparece completamente en el nuevo régimen, uniforme, salvo algunos matices propios a París, Lyon, Marsella, Toulouse y Niza.

a) Como para las comunas de menos de 30.000 habitantes, es un *escrutinio de lista;* no está prevista una división en sectores sino para París, Lyon y Marsella, donde los sectores corresponden a los distritos municipales y (ley del 19 de julio de 1976) para Toulouse y Niza.

b) Las listas deben comprender tantos nombres como cargos a proveer, además, hay para las cinco metrópolis, un cierto número de suplentes destinados a llenar las ausencias.

c) La elección es mayoritaria: en la primera vuelta se elige la lista que haya obtenido la mayoría absoluta de los sufragios expresados, representando la cuarta parte de los electores inscritos; en la segunda vuelta, que no está abierta sino a las listas que hayan obtenido en la primera vuelta, al menos 12,5 por ciento del número de electores inscritos, la mayoría relativa basta. Los electores no pueden aportar ninguna modificación a la lista que han escogido; igualmente las listas no deben ser modificadas entre las dos vueltas. Todas estas medidas tienden a asegurar a los concejos una composición rigurosamente homogénea.

3º Las impugnaciones son llevadas ante el tribunal administrativo, y en apelación, ante el Consejo de Estado. El recurso está abierto a todo elector, en los cinco días siguientes, y al prefecto en los quince días. El tribunal tiene un mes para decidir (2 meses en caso de una renovación general); pasado ese lapso, la reclamación debe ser considerada como rechazada.

383. — C. La renovación de los concejos. Se efectúa para toda Francia, cada seis años en el mes de marzo (ley del 19 de noviembre de 1963, artículo 6). En caso de disolución de un concejo por el poder central, los electores eligen un nuevo concejo; pero éste no permanece en función sino hasta el fin de los seis años en curso.

La muerte o la renuncia de un concejal no da jamás lugar a elección parcial en París, Lyon, Marsella, Toulouse y Niza: el suplente toma la plaza vacante, hasta el agotamiento de la lista. En las otras comunas, hay lugar a elecciones parciales cuando el concejo ha perdido un tercio de sus miembros, o si debe elegir un nuevo alcalde.

§ 2. Funcionamiento

384. — A. **Organización interna.** Como toda asamblea deliberante, el concejo elabora su reglamento interno; puede designar en su seno comisiones especializadas en el estudio de ciertos problemas (comisión de finanzas, de la enseñanza). Los concejales adquieren rango según un orden (*l'ordre du tableau*), determinado por la fecha de la primera elección, y el número de votos. Sus funciones son gratuitas, salvo el reembolso de los gastos de misión que puedan ocasionarse; sin embargo, la regla puede ser descartada en las ciudades muy grandes.[6]

385. — B. **Régimen de las reuniones.** Ha sido profundamente modificado por la ley del 31 de diciembre de 1970, en el sentido de hacerlo más flexible. Hasta ese entonces, el concejo municipal tenía obligatoriamente cuatro sesiones anuales (en febrero, mayo, agosto y noviembre), para las que la ley fijaba la duración máxima. Ahora el sistema de sesiones desaparece. La ley prevé simplemente la obligación para el concejo, de reunirse al menos una vez por trimestre. Puede tener reuniones suplementarias, cada vez que el alcalde lo juzgue necesario, o que la reunión sea el objeto de una petición motivada presentada, sea por el prefecto o el subprefecto, sea por la mitad de los concejales.

Las sesiones son presididas por el alcalde, eventualmente reemplazado por un adjunto; son públicas, salvo reuniones en comité secreto para algunos debates que afecten a particulares,[7] la ley impone condiciones de quórum.

[6] El proyecto de ley en discusión amplía estas posibilidades y adopta distintas medidas destinadas a facilitar el ejercicio de su mandato a los concejales que ejercen una profesión asalariada, imponiendo a sus empleadores privados o públicos la obligación de otorgarles el tiempo necesario.

[7] Hourticq: "La publicité des deliberations des conseils municipaux", *Dep. et comm.*, 1955, p. 85.

386. — C. Las deliberaciones. Las reuniones del concejo conducen normalmente a *deliberaciones,* que se votan por mayoría de sufragios expresados, que constituyen, bien sea decisiones que tienen todos los caracteres jurídicos del acto administrativo unilateral, ya sea opiniones que el concejo está frecuentemente llamado a dar en explicación de textos o en base a peticiones de las autoridades del Estado, o pronunciamientos, que emiten la propia iniciativa. Los habitantes pueden consultar libremente las deliberaciones y sus documentos anexos[8] (C.E., 11 de enero de 1978, *Commune de Muret, A.J.,* 1978 y p. 219).

§ 3. Atribuciones

Estas están definidas, en términos muy amplios, por el artículo L. 121-26, Código de Comunas: "el concejo municipal regula mediante sus deliberaciones los asuntos de la comuna".

387. — A. Campo de acción del Concejo Municipal. 1º *La noción de "asuntos de la comuna".*[9] Contrariamente a los regímenes menos descentralizados, en los que las competencias de los órganos locales son objeto de una enumeración limitativa, la ley utiliza para el concejo municipal el procedimiento más liberal de la *cláusula general de competencia:* todo lo que es comunal depende del concejo; constituye en cierta forma, la autoridad comunal de derecho común. Sin embargo, la ley puede aportar excepciones a este principio: algunas materias comunales están reservadas al alcalde (policía). La ley puede, sobre todo, modificar siempre la delimitación ya difícil, por sí misma, de los asuntos comunales y de los asuntos del Estado, haciendo pasar una cuestión de una competencia a otra. En la práctica, la delimitación está lejos de ser fácil y da lugar a mucha arbitrariedad: el Estado por razones financieras no duda en reputar como "comunales" y en infligir a las comunas tareas onerosas, como por ejemplo, la construcción y el mantenimiento de inmuebles necesarios, a ciertos servicios del Estado implantados en la comuna (edificios escolares, palacio de justicia, etc.);[10] en sentido inverso, él se

[8] El proyecto de ley en discusión amplía estas posibilidades de consulta.

[9] J. Chapuisat: "Les affaires communales", *A.J.,* 1976, p. 470

[10] El proyecto de ley exonera a las comunas de algunos gastos que corresponden a los servicios del Estado.

anexa, principalmente por razones técnicas, materias tradicionalmente comunales.

Sin embargo, incluso en estos casos, subsiste un vestigio de la competencia general del concejo: puede emitir opiniones sobre todas las cuestiones de interés *local*. Por esto se entiende todo lo que pueda afectar la vida de la colectividad, aunque no dependa del concejo municipal, a título de "asuntos de la comuna": funcionamiento local de los servicios del Estado, incidencia local de las medidas dictadas a nivel nacional, etc.

La competencia del concejo se detiene allí. Todo lo que no tiene incidencia local le está prohibido: así las opiniones sobre política general, las subvenciones a actividades que no afectan la vida de la comuna. Sin embargo, en el plano nacional, los concejos municipales participan en la elección de senadores.

El concejo, en el campo así delimitado, puede renunciar a ejercer, por sí mismo, algunas de sus competencias: la ley del 31 de diciembre de 1970 le permite delegar, al alcalde, aquellas que la ley fija en una lista. El alcalde debe rendir cuentas al concejo de las decisiones que él toma en virtud de la delegación que es siempre revocable.[11]

388. — 2º Limitaciones legales a la competencia del concejo. Incluso en la esfera comunal, la libertad del concejo no es completa. El no es libre de desinteresarse de algunos problemas: la ley le impone la creación de servicios considerados como indispensales (estado civil, pompas fúnebres, desinfección, etc.). Además no puede actuar en contra de los principios generales que se imponen a la actividad de todas las personas públicas.

a) Está obligado a observar el principio de la *laicidad*. Las subvenciones al culto, directas o indirectas, le está prohibida; las subvenciones a la enseñanza libre de primer grado, lo están también (bajo reserva de la aplicación de la ley del 31 de diciembre de 1959 sobre la ayuda a la enseñanza privada), pero en virtud de un texto formal, no se aplica a los otros órdenes de enseñanza y que, por otra parte, no impide hacer beneficiar de las mismas ventajas a todos los hijos de familias pobres, en cualquier escuela que frecuenten.

---

11 Sobre la transferencia a los electores que ejercen por vía de referéndum las competencias del concejo municipal contemplado en el proyecto en discusión ante el Parlamento, *supra*, p. 373, nota 7.

389.— Las iniciativas de las comunas en el orden económico.[12] b) El concejo municipal, además, está obligado a respetar el *principio de la libertad de comercio y de industria.* Es la cuestión llamada del socialismo municipal. Numerosas comunas, desde el comienzo del siglo XX han tomado iniciativas de orden económico, sea subvencionando actividades privadas de este orden, sea creando empresas comerciales e industriales.

El Consejo de Estado, al decidir recursos contra estas medidas interpuestos por contribuyentes, o por comerciantes afectados por esta concurrencia, se mostró al comienzo extremadamente riguroso (29 de marzo de 1901, *Casanova, Gr. Ar.*, p. 35). Mantuvo este rigor, y la fidelidad al liberalismo económico, incluso después que un decreto del 5 de noviembre de 1926 vino a extender el campo de acción de las comunas a las empresas industriales y comerciales que interesaban al abastecimiento, la vivienda, el urbanismo, la asistencia, la higiene, la previsión social; el Consejo de Estado no dudó en afirmar, contra la evidencia, que ese texto no había tenido "ni por objeto, ni por efecto, extender en materia de servicios industriales y comerciales, las atribuciones conferidas al concejo municipal por la legislación anterior" (C.E., 30 de mayo de 1930, *Chambre syndicale du commerce de Nevers, Gr. Ar.*, p. 201, y la jurisprudencia citada). Poco después, la posición jurisprudencial se ha transformado, principalmente a partir de las sentencias *Lavabre* (C.E., 23 de junio de 1933, *Rec.*, p. 677) y *Zénard* (24 de noviembre de 1933, *Rec.* p. 1.100). Las soluciones actuales pueden resumirse así:

- Las comunas, como el Estado mismo, tienen por principio de acción el interés general, no la búsqueda del lucro: por lo tanto, aquellas de sus intervenciones que se justificaran por ese solo motivo serían ilegales.

- En los campos que competen tradicionalmente al interés general (higiene, asistencia), la creación de un servicio, incluso comercial, es legal (C.E., 12 de julio de 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne, Rec.*, p. 478).

- Fuera de estos campos, la creación de un servicio económico es admitida cuando éste busca la satisfacción de una *necesidad pú-*

[12] Félix: *L'activité économiques de la communa*, 1932; Tetreau, *Les entreprises des communes*, tesis, París, 1935; Singer *L'intervention des collectivités locales en matière économique*, 1936.

blica a la que la *iniciativa privada no provee.* Los dos términos de esta fórmula son extendidos cada vez en forma más amplia: el interés público justifica, por ejemplo, la creación de un teatro de jardín que tiene por objeto poner a la disposición del público, durante el verano, posibilidades de distracción al aire libre (C.E., 12 de junio de 1959, *Syndicat des exploitants de cinémas de l'Oranie, D.*, 1960, *J.*, p. 402), o la creación de un *camping* municipal cuando los *campings* privados no bastan para atender el número creciente de los campistas (C.E., 17 de abril de 1964, *Cne. de Merville-Franceville, A. J.*, p. 304 y la nota, p. 288); se ha justificado, igualmente, las iniciativas que constituyen la prolongación natural de la actividad de un servicio en sí mismo legal —por ejemplo, la adjunción de una estación de servicio a un parque municipal de estacionamiento (C.E., 18 de diciembre de 1959, *Delansorme, D.*, 1960, *J.*, p. 371). Por otra parte, la carencia de iniciativa privada no tiene que ser total: el servicio municipal podrá ser legal si mejora las condiciones en las que la necesidad pública recibe satisfacción (por ejemplo, iniciativas de las comunas en materia de vivienda, C.E., 22 de noviembre de 1935, *Chouard, Rec.*, p. 1.080; de cuidados dentales, C.E., 20 de noviembre de 1964, *Ville de Nanterre, A. J.*, 1964, p. 686; de consultas jurídicas, C. E., 23 de diciembre de 1970, *Commune de Montmagny, A. J.*, 1971, p. 166; de equipamiento de piscinas, 23 de junio de 1972, *Ste. La Plage de la Forêt, A. J.*, 1972, p. 463).

390. — B. **Las modalidades de la acción de la comuna.** Esta se ejerce por dos vías: *las subvenciones a las actividades privadas de interés comunal* y la gestión de los *servicios públicos comunales* que se limita, cuando tienen el carácter de establecimiento público a un control de tutela. Ahí, también, la libertad del concejo municipal está reducida.

1º La escogencia entre los dos procedimientos no es siempre libre: la policía rural, por ejemplo, debe ser confiada, no a un grupo privado subvencionado, sino a un organismo público.

2º En cuanto al *modo de gestión* de los servicios, el concejo puede acoger en una gama de procedimientos bastante extensa (administración directa [*régie*], incluso en materia comercial; concesión; sociedad de la economía mixta). Pero, a cada uno de estos procedimientos, corresponden reglas de organización detalladas, previs-

tas por los textos, y de las que las comunas no pueden separarse: para las administraciones directas (*régies*), C. Comunas, Art. L. 323-I. y s., R. 323-I y s.; para las concesiones y arrendamientos, Art. L. 324-I y s., R. 324-I y s.; para las sociedades de economía mixta, Art. L. 381-I y s. Además, los cuadernos de cargas o reglamentos internos deben ser conformes a cuadernos y reglamentos, tipos establecidos por el Ministerio del Interior. En fin, existe igualmente reglas propias a algunos servicios, según su objeto (por ejemplo: mataderos, pesos públicos, museos, *cf.* C. Comunas, Libro III, Título IV, V y VI).[13]

3° En cuanto a los *agentes de los servicios municipales*,[14] reducidos al solo secretario de alcaldía en las pequeñas comunas, numerosos en las ciudades, su estatuto fue durante largo tiempo fijado libremente por los concejos municipales. Escapa hoy en día, en lo esencial, a su competencia, habiendo sido reglada la cuestión para el conjunto de los agentes comunales, por la ley del 26 de abril de 1952 (C. Comunas, Libro IV), que les acuerda garantías inspiradas en aquellas de que gozan los agentes del Estado. Los concejos fijan libremente la lista de empleos comunales, y, en los límites establecidos por la ley, las reglas de reclutamiento y los salarios. Sin embargo, el estatuto no se aplica sino a las comunas que emplean agentes permanentes a tiempo completo.

391. — C. Los medios de acción de la comuna. 1° *El presupuesto comunal.*[15] 1°) *Reglas generales.* El presupuesto, para las colectividades locales, como para el Estado, es el acto que prevé y autoriza cada año los gastos y los ingresos; el presupuesto suplementario, votado en curso del ejercicio, viene, en caso de necesidad, a rectificar las previsiones del presupuesto propiamente dicho, o *presupuesto primitivo*, para adaptarlos a las circunstancias. Preparado por el alcalde, el presupuesto, en su forma, adopta obligatoriamente el esquema impuesto por los ministerios de Finanzas y del Interior

[13] El proyecto de ley prevé un aligeramiento de estas prescripciones técnicas.

[14] Gabolde "Le nouveau statut du personnel communal", *D.*, 1952, Chr., p. 69; Carcelle y Mas· *Commentaire de la loi*, *S.*, 1952, 2, p. 676; Debeyre: "Les libertés communales et le statut de 1952", *Mélanges*, *Mestre*; L. Favoreu: "Le personnel communal en 1976", *A.J.*, 1976, p. 452. El proyecto de ley en discusión aporta ciertas mejoras al estatuto de agentes locales.

[15] Lainville· *Le budget communal*, 1951. Singer y Bazoche: *Traité général des finances communales et départamentales*, 1958.

comporta una *sección de funcionamiento* (llamada *sección ordinaria,* antes de la ley del 31 de diciembre de 1970) que comprende los gastos y los ingresos llamados a repetirse cada año, y una *sección de inversiones* (antigua sección extraordinaria). En cuanto al fondo, el principio esencial es que el presupuesto debe ser votado *en equilibrio.*

2º) *Los gastos.* Se distingue los gastos obligatorios, cuya lista es larga (C. Comunas, Art. 221-2), y a los que debe proveerse en prioridad, y los gastos facultativos. Comprenden, principalmente, los créditos correspondientes al funcionamiento de los servicios —remuneración del personal, mantenimiento de los locales y del material, etc.—, a las obras, a las subvenciones, al reembolso de los préstamos contratados por la comuna.[16]

3º) *Los ingresos.* Los ingresos ordinarios son diversos: rentas de bienes, productos de servicio cuando estén previstos, pero sobretodo ingresos fiscales y subvenciones del Estado.

Es el problema mayor para lograr una descentralización efectiva.[17] La insuficiencia de ingresos ordinarios de las comunas (rentas de bienes, productos eventuales de los servicios y esencialmente ingresos fiscales), la dificultad que tienen de procurarse por empréstitos, recursos extraordinarios, les prohíbe toda acción de envergadura. Las subvenciones que el Estado les otorga las mantiene bajo su dependencia. De allí las reformas en curso, de la fiscalidad y del régimen de subvenciones.

a) *La fiscalidad.* Su estudio detallado depende del derecho fiscal, no del derecho administrativo. El principio fundamental es que las comunas no pueden crear ellas mismas, impuestos, sino solamente percibir aquellos que la ley pone a su disposición. Son principalmente impuestos directos. La fiscalidad indirecta fue prácticamente reabsorbida en el sistema de subvenciones.

- *La fiscalidad directa.* Aparte de algunas tasas de poca importancia dejadas a la libre escogencia de las comunas (tasa sobre la publicidad, tasa de residencia, etc.), la parte esencial de los re-

16 El proyecto de ley subordina a una decisión del legislador el carácter obligatorio de un gasto y reduce la lista de gastos obligatorios.

17 P. Amselek: "Les aspects financiers de la décentralisation", *Revista Administrativa,* 1979, p. 9.

cursos fiscales proviene de cuatro impuestos directos, percibidos obligatoriamente, que con las ordenanzas de 1959 sustituyeron el antiguo régimen de los *céntimos adicionales*.

Con este nombre se designaba las contribuciones establecidas sobre la base de impuestos directos anteriormente percibidos en beneficio del Estado: contribución mobiliaria, contribución inmobiliaria, patente. Se seguía calculando lo que los particulares estaban llamados a pagar al Estado, si esos impuestos estuviesen en vigor; el "principal" establecido de esta manera, "ficticio", ya que el contribuyente no estaba obligado a pagarlo, era aumentado tantos uno por ciento (1%), como el concejo había votado céntimos adicionales; este aumento era el que definitivamente se percibía.

Los céntimos adicionales han sido reemplazados por cuatro tasas nuevas, que se vinculan a los mismos elementos: las tasas inmobiliarias sobre la propiedad construida y sobre la propiedad no construida, la tasa de habitación, la tasa profesional.[18] La puesta en vigencia de este nuevo régimen, principalmente de la tasa profesional, ha sido difícil, y solo ha podido hacerse tras modificaciones sucesivas aportadas, principalmente, por las leyes del 3 de enero de 1979 y del 10 de enero de 1980. Esta última otorga competencia a la asamblea local para fijar ella misma cada año, la cuota de las cuatro tasas; pero este poder tiene ciertos límites.

Fiscalidad indirecta. La tasa local adicional a las tasas del Estado sobre el volumen de negocios, desapareció en 1966. En su lugar, las comunas recibieron una fracción del impuesto del Estado sobre los salarios. Cuando éste fue suprimido, en 1968, el Estado les acordó "un aporte representativo de la tasa sobre los salarios" (V.R.T.S.), que constituye en la práctica una verdadera subvención.

b) *Las subvenciones.*[19] Son de dos tipos. Las *subvenciones de funcionamiento*, que están destinadas a asegurar el funcionamiento de los servicios; las *subvenciones de equipamiento,* que permiten las realizaciones de obras. Desde el punto de vista de la libertad de la colectividad, el problema esencial es el de su carácter *específico* —en vista de un gasto determinado— o *global;* la comuna tiene

---

[18] P. Lalumiére: "Premier bilan de la réforme de la fiscalité directe locale", *A.J.*, 1976, p. 466.

[19] Boulouis: *La politique des subventions administratives*, tesis, París, 1949; *Les subventions de l'Etat aux communes.*

entonces más libertad para afectarlos. La globalización de las subvenciones de equipamiento, amortiguada por un decreto del 10 de marzo de 1972, es una de las formas previstas por el proyecto de ley en discusión ante el Parlamento. La globalización de la subvención de funcionamiento fue realizada por la ley del 3 de enero de 1979 que reemplaza a la V.R.T.S. y a diversas otras subvenciones particulares por una subvención global de funcionamiento indexada sobre la T.V.A., con un mínimo garantizado para las pequeñas comunas. Los empréstitos son a menudo contratados en organismos públicos controlados por el Estado (Caja de depósito y consignaciones, Banco Hipotecario), lo que aumenta aún más la dependencia financiera de las comunas que deben plegarse a las condiciones impuestas por los organismos prestamistas.

392. — 2º **Los bienes e intereses de la comuna.** El concejo municipal administra los bienes de la comuna; autoriza al alcalde para celebrar los contratos, y decide las acciones a ejercer en justicia; decide, igualmente, sobre las obras públicas a efectuarse, principalmente en lo que concierne la *vialidad comunal* (Ord. 59-115 del 7 de enero de 1959). En la prolongación de esta actividad, el concejo establece el *plan de alienación,* que fija los límites de la calles y caminos comunales, en relación con las propiedades que las bordean, y sobre todo, en las comunas importantes, participa en la elaboración de los *planes* destinados a someter el desarrollo de lo localidad a las reglas de urbanismo (planes de urbanismo, reemplazados desde la ley de orientación territorial del 30 de diciembre de 1967, por los *planes de ocupación de suelos*). Hay que subrayar la importancia creciente de las preocupaciones relativas a la vivienda y a la ordenación racional de las ciudades en la actividad de los concejos y en la legislación reciente, a pesar de que en ese campo la tendencia centralizadora continúa siendo muy fuerte.

§ 4. La tutela sobre el Concejo Municipal [20]

393. — A. **Tutela sobre las personas.** Los concejales que han faltado sin motivo a tres convocatorias sucesivas, o que se han negado a cumplir una de sus obligaciones legales, pueden ser declarados *dimitidos de oficio* por la autoridad de tutela, mediante cier-

[20] Bouffard: *Les contrôle des déliberations du conseil municipal,* 1957.

tas garantías. El concejo mismo puede ser *suspendido* por un mes por el prefecto, y *disuelto* por decreto dictado en Consejo de Ministros, motivado por la imposibilidad de asegurar el funcionamiento de la asamblea; otro motivo es ilegal.[21] En tales casos, una *delegación especial*, nombrada por resolución prefectoral, asegura la gestión de los asuntos corrientes, y la elección de un nuevo concejo debe realizarse en los dos meses siguientes. Sucede igual en caso de dimisión colectiva del concejo, o de anulación de su elección por el juez (Ley del 22 de julio de 1960).

394. — B. **Tutela sobre los actos.** Esta ha sido seriamente suavizada, principalmente en lo que concierne al presupuesto, por la ley del 31 de diciembre de 1970. En principio, las deliberaciones, incluido el presupuesto, anteriormente sometido a aprobación, son ejecutorias por sí mismas, quince días después de su depósito en la prefectura o subprefectura. Pero subsisten excepciones.

1º Pueden ser declaradas nulas en todo momento las deliberaciones *nulas de derecho,* es decir, las que salen de las atribuciones del concejo, que han sido tomadas fuera de una reunión legal, o que son contrarias a las leyes o reglamentos. La autoridad de tutela está así llamada a ejercer, sobre las deliberaciones, un control de legalidad. La nulidad es pronunciada por resolución motivada, ya sea de oficio, o por demanda de todo interesado. La decisión que pronuncia la nulidad, o el rechazo, expresa o tácita, de la deliberación, puede ser atacada por vía de recurso por exceso de poder; éste no puede ser formalizado directamente contra una deliberación, sino solamente contra la decisión del prefecto dictada con motivo de esa deliberación.

2º *Pueden ser anuladas*, pero solamente en un plazo de quince días, las deliberaciones llamadas *anulables;* son aquellas en las que habrían participado concejales municipales interesados en el asunto, o que presentaran un carácter injurioso o difamatorio. En estos dos casos, la autoridad de tutela tiene un poder de apreciación que no tiene respecto a las deliberaciones nulas de derecho.

[21] Chaumont: "La dissolution des conseils municipaux", *R.D.P.*, 1939, p. 38. Una disolución fundada sobre una pretendida "pérdida de autoridad moral" del concejo ha sido juzgada ilegal (C.E., 14 de enero de 1977, Perrault: *A.J.*, 1977, p. 162).

3º Deliberaciones ejecutorias solamente después de *aprobación.* La lista, ahora unificada, sea cual sea la importancia de la comuna, ha sido abreviada: el presupuesto no figura más sino cuando aparece un déficit global o un déficit de la sección de funcionamiento. Se encuentran también algunos préstamos (decreto del 24 de marzo de 1972), las tasas cuyo cuota-parte excede un máximo, las principales iniciativas en el campo económico. La aprobación emana del prefecto en las comunas del distrito de la capital, del subprefecto en las otras, salvo disposición contraria exigiendo una resolución ministerial o un decreto. Ellos pueden, para prevenir un negativa de aprobación, pedir al concejo una nueva deliberación. El silencio guardado por la autoridad de tutela conlleva, luego de un cierto lapso, la aprobación tácita (C. de Comunas, Art. L. 121-39).

4º *Sustitución de acción.* Es el procedimiento de tutela más enérgico: cuando el concejo se niega, a tomar una deliberación que la ley le impone tomar (por ejemplo: inscripción en el presupuesto de un gasto obligatorio), o tomarla tal como la ley quisiera que se tomase (por ejemplo: votar el presupuesto en equilibrio), la autoridad de tutela, después de señalar la obligación, toma la decisión en su lugar. En materia presupuestaria se trata de la *inscripción de oficio,* para los gastos obligatorios, o incluso, la reforma del presupuesto, con reducción de los gastos facultativos o creación de ingresos en vista a realizar el equilibrio. Cuando la autoridad de tutela actúa por vía de sustitución, su decisión compromete la comuna por cuenta de la cual ha actuado.

5º Todas las decisiones tomadas por la autoridad de tutela pueden ser diferidas a la censura del juez por el *recurso por exceso de poder* (*supra,* Nº 247), por el concejo municipal, por uno o varios concejales, o incluso, por todo interesado.

C. — En conclusión, si la tutela sobre los actos es en adelante relativamente reducida, hay que recordar el rol considerable jugado por la tutela indirecta (*supra,* Nº 327), el procedimiento de los cuadernos de cargas —tipo, por ejemplo, para poder tener una visión exacta del débil grado de autonomía real de que gozan las comunas, a pesar de las apariencias.[22]

[22] El proyecto de ley en discusión aligera todavía más la tutela. Si las categorías de decisiones nulas de derecho y anulables subsisten, la regla general es el carácter ejecutorio de la decisión desde su publicación; la notificación a los ocho

SECCIÓN III. El alcalde

395. — Alcalde y adjuntos.[23] El *alcalde* es el órgano ejecutivo de la comuna; está asistido por *adjuntos*, cuyo número varía de uno a trece, según la importancia de la población, el concejo puede designar, además, de 1 a 5 adjuntos complementarios.[24] Se designa a veces bajo el nombre de *municipalidad*, el grupo formado por el alcalde y sus adjuntos, pero la palabra no debe conducir a equívocos: el ejecutivo comunal está confiado a un solo hombre, el alcalde, y no a un colegio. Sin embargo, la ley del 31 de diciembre de 1970 crea, entre el alcalde y los adjuntos, una cierta solidaridad: si el concejo debe designar un nuevo alcalde, luego de una muerte o de una dimisión, debe, al mismo tiempo, designar de nuevo a los adjuntos. A falta de colegio, la ley tiende, pues, a crear un "equipo municipal". Los adjuntos no tienen atribuciones propias; el alcalde puede solamente delegarles una parte de las suyas; además, el adjunto más antiguo realiza la suplencia del alcalde en caso de impedimento. Su elección y su estatuto están regidos por las reglas aplicables al alcalde.

Simple órgano ejecutivo en teoría, el alcalde es, en la práctica el elemento esencial de una comuna.

§ 1. Estatuto

396. — A. Designación. Durante mucho tiempo el alcalde fue nombrado por el poder central, al principio con toda libertad, luego, entre los concejales municipales, y desde 1882, es

días a la autoridad de tutela ya no tiene el carácter suspensivo, salvo en lo concerniente a ciertas decisiones financieras (presupuesto, anticipos, empréstitos, negocios, contratos), para los cuales ésta dispone de un plazo de 15 días para formular eventualmente sus observaciones antes que la decisión se convierta en ejecutoria. Por otra parte, la lista de las decisiones sometidas a la aprobación es reducida. Por último, la modificación de oficio del presupuesto no puede intervenir sino cuando el presupuesto ha sido votado en equilibrio real o si un gasto obligatorio no ha sido inscrito, y después que la autoridad de tutela haya solicitado, en los próximos quince días, una segunda deliberación en el concejo municipal, el procedimiento de oficio, ha sido, por lo tanto, suprimido.

[23] Felix: *Le maire et ses adjoints*, 1948.

[24] El proyecto de ley suprime los adjuntos suplementarios, y hace variar de 1 a 16, el número total de adjuntos, en función de la población.

elegido por el concejo municipal, entre sus miembros. La elección tiene lugar normalmente en la primera sesión que sigue a la renovación del concejo o la salida del cargo del alcalde precedente si sus funciones terminan de manera prematura. En este último caso, el concejo debe estar completo para esta elección, y se procede entonces a una elección parcial.

Si dos vueltas de escrutinio sucesivas no permiten llegar a una elección de mayoría absoluta (la mitad de los votantes, más uno), la elección se obtiene, en la tercera vuelta con la mayoría relativa. El alcalde es, pues, el jefe de la mayoría del concejo municipal: de allí su autoridad sobre éste.

No existe sino un caso de inelegibilidad: un alcalde que ha sido objeto de una medida de destitución no puede ser reelegido antes de un año; por otra parte, ciertas funciones, compatibles con el mandato de concejal, no lo son con el alcalde. Pero no existe ninguna incompatibilidad entre el mandato municipal y los mandatos parlamentarios; de hecho, los alcaldes son frecuentemente escogidos en las ciudades importantes, entre los senadores o diputados, lo que aumenta por lo tanto su autoridad en el plano local y respecto a los órganos de tutela.

397. — B. **Duración del mandato.** En principio, el alcalde y los adjuntos son elegidos por toda la duración del mandato del concejo municipal; es decir, hasta la renovación normal del concejo, o excepcionalmente, hasta su disolución.

Las funciones del alcalde puede, sin embargo, terminar de manera anticipada, ya sea por muerte, o por inelegibilidad sobre venida (por ejemplo, condenaciones), o por incompatibilidades que lleven a la pérdida del mandato del concejo municipal, sea por dimisión, la cual puede ser rechazada una primera vez por la autoridad de tutela, pero que se hace definitiva un mes después de haber sido presentada, por segunda vez, o finalmente por destitución, mediante decreto. En todos estos casos el alcalde elegido en reemplazo y los adjuntos elegidos, al mismo tiempo permanecen en función hasta la expiración del mandato del concejo.

Es necesario destacar el hecho, que si el concejo municipal escoge al alcalde, no puede jurídicamente poner fin a sus funciones: el régimen municipal no es un régimen parlamentario.

398. — C. Remuneración.[25] El mandato del alcalde, durante mucho tiempo gratuito, es hoy en día remunerado según una tabla de sueldos (*barème*) fijada por el artículo R. 123 - f, C. Comunas, en función de la importancia de las comunas; el concejo municipal puede aumentar el sueldo en cierta proporción y puede añadir gastos de representación; el alcalde tiene derecho, además, al reembolso de sus gastos de misión. El abandono del principio de gratuidad se justifica plenamente, dado el carácter absorbente de las funciones del alcalde en las comunas de alguna importancia.[26]

§ 2. Atribuciones

Como el prefecto, el alcalde posee la doble cualidad del *agente del Estado*, y de *agente de la comuna*, siendo ésta más importante que la primera.

399. — A. El alcalde, agente del Estado. A este título, es de manera general, el encargado de la publicación y de la ejecución de las leyes y reglamentos, y de la ejecución de medidas de seguridad general. Además, los textos le confían funciones particulares diversas e importantes: él es oficial de estado civil, oficial de la policía judicial en ciertos límites; legaliza las firmas, participa en la revisión de las listas electorales, en el reclutamiento militar, en el ejercicio del derecho de requisición, entrega numerosos certificados, etc.

Para el ejercicio de estas funciones, el alcalde está colocado bajo la *autoridad* de la administración superior, que puede darle órdenes.[27]

400. — B. El alcalde, agente de la comuna. A este título, tiene atribuciones que le son propias, y otras que ejercen conjuntamente con el concejo municipal. Pueden añadirse las atribuciones delegadas por el concejo (*supra,* Nº 387).

[25] Hourticq: "Les indemnités de fonction des maires", *Dép. et comm,* 1952, p. 158; Barbeau: *Les indemnités des élus des collectivités locales,* 1953.

[26] El proyecto de ley aumenta las posibilidades de remuneración del alcalde, y las extiende a los adjuntos. Además, permite a los alcaldes, en las comunas de más de 30.000 habitantes y a un adjunto por encima de los 100.000 habitantes, la posibilidad de escoger, ejercer su mandato a tiempo completo, abandonando su actividad profesional, promediando el sueldo.

[27] El proyecto de ley reemplaza el término de autoridad por control.

1º El alcalde está personalmente encargado de la *policía municipal,* para el ejercicio de la cual no es competente el concejo municipal. Sobre la policía municipal, *cf., infra,* Nº 438. Se trata, para el alcalde, de una atribución esencial; la ejerce bajo la *vigilancia* (y no bajo la autoridad) de la administración superior.[28] Pero en un gran número de comunas, sus atribuciones en materia de mantenimiento del orden han sido transferidas al prefecto (*infra,* Nº 438).

Es el *jefe jerárquico de los agentes comunales;* él los nombra, los califica, dirige su acción, en las condiciones establecidas por el estatuto.

Tiene funciones de representación, importantes en las grandes ciudades.

El alcalde, en fin, puede tomar medidas conservatorias en materia de gestión de los bienes e intereses comunales, hasta que el concejo pueda intervenir y decidir definitivamente.[29]

2º Respecto al concejo, el rol de alcalde es triple: *prepara* sus deliberaciones y principalmente el presupuesto, en vinculación con las oficinas municipales; es, pues, a él a quien incumben las iniciativas; *preside* las sesiones; en fin, *ejecuta* las deliberaciones:[30] celebra los contratos tal como han sido aprobados por el concejo, concede las alienaciones, procede a ordenar los gastos, dirige los trabajos, representa a la comuna en justicia, etc.

400 bis. — C. **Las responsabilidades derivadas de la actividad del alcalde.** Según que se trate del ejercicio de sus atribuciones de agente del Estado o agente de la comuna, el alcalde, por sus faltas de servicio, compromete la responsabilidad de la persona moral correspondiente. Además, su responsabilidad propia está comprometida, según el derecho común, por sus faltas personales, ya sea respecto a los particulares, o en ciertas hipótesis al menos, respecto a la comuna. También está comprometida su responsabilidad sobre la base de diversos artículos del Código Civil, en lo que concierne a las funciones del alcalde como Oficial del

---

[28] Ocurre el mismo cambio de vocabulario en el proyecto de ley que en la nota 27: la vigilancia es reemplazada por el control.

[29] El proyecto de ley extiende las atribuciones propias del alcalde, principalmente en materia de urbanismo.

[30] Rivero: "Le maire, exécuteur des délibérations du conseil municipal", *Rev. crit.,* 1937, p. 535.

Estado Civil. Finalmente, su responsabilidad penal puede ser particularmente grave, como lo han demostrado las consecuencias judiciales del dramático incendio de Saint-Laurent-du-Pont, en 1970. Es por ello que una ley de 18 de julio de 1794 vino a extender a los alcaldes, para evitarles demandas arbitrarias, el procedimiento de acusación penal, aplicable a los magistrados y a los prefectos cuando el crimen o el delito se vincula con el ejercicio de sus funciones.[81]

§ 3. Controles ejercidos sobre el alcalde

401. — Estos son de dos tipos:

1º *El concejo municipal,* si bien no tiene jurídicamente el poder de desinvestir al alcalde, puede sin embargo exigirle explicación. A este efecto, el Consejo de Estado reconoce a sus miembros "el derecho de estar informado de todo lo que se refiera a los asuntos de la comuna", aunque limita el ejercicio de este derecho a condiciones bastantes estrictas (9 de noviembre de 1973, *Cne. de Pointe-a-Pitre, R.D.P.*, 1974, p. 1.148, nota de Waline). Si el concejo está en desacuerdo con la política del alcalde, puede, mediante una actitud de oposición sistemática a sus proyectos, llevarlo a dimitir, o provocar su propia disolución por la autoridad de tutela, arbitrando entonces los electores el diferendo.

El concejo decide, además, cada año sobre las cuentas presentadas por el alcalde en ejecución del presupuesto, en una sesión a la que éste no asiste; la negativa de aprobar un gasto irregular puede comprometer la responsabilidad civil del alcalde, respecto de la comuna.

2º *La autoridad de tutela* puede tomar, respecto al alcalde, medidas *personales,* una provisional, la *suspensión,* pronunciada por el prefecto por un mes, y que el Ministro del Interior puede llevar a tres meses; la otra definitiva, la destitución, pronunciada por decreto. La decisión es motivada, y no puede ser tomada sino después que el alcalde haya podido dar explicaciones.

---

[81] Sobre esta ley y "el problema general de la responsabilidad de los alcaldes", Mestre: *A.J.D.A.*, 1975, p. 214. El proyecto de ley limita la responsabilidad penal por delito cometido en ejercicio de funciones solamente en los casos en que el alcalde "no haya cumplido con toda diligencia normal", teniendo en cuenta sus medios y las dificultades de su misión.

Sobre los *actos,* la amplitud del control varía. Respecto a los actos dictados por el alcalde, agente del Estado, es un control jerárquico. Respecto de las resoluciones (*arrêtés*) municipales en materia de policía, el prefecto dispone de un poder de anulación y de suspensión: las resoluciones que contienen regulaciones permanentes no son ejecutorias sino al cabo de un mes (aprobación tácita); el control, en materia de policía se extiende incluso a la oportunidad. Respecto a las decisiones distintas a la policía, la autoridad de tutela puede solamente, si las juzga ilegales, referirlas al juez del exceso de poder.[32]

Finalmente, el prefecto puede *sustituirse* al alcalde cuando, en todas las materias, éste se niega, luego de habérsele exigido, a realizar un acto que le está prescrito por la ley.

SECCIÓN IV. Derogaciones al régimen municipal de derecho común

402. — Visión de conjunto.[33] 1º Ya hemos señalado la uniformidad del régimen municipal francés. Ahora bien, desde hace tiempo han existido situaciones concretas que no encuadran dentro de este régimen; de allí algunas derogaciones tradicionales, y de importancia secundaria: cuando una comuna se compone de *aglomeraciones distintas,* si las comunicaciones entre uno de los extremos y la capital son difíciles, el concejo municipal puede designar un *adjunto especial,* para que resida en ese extremo, y ejerza algunas de las atribuciones del alcalde. Por otra parte, si una fracción de comuna posee bienes que le son propios, se crea, bajo el nombre de *sección de comuna,*[34] un establecimiento público encargado de la gestión de esos bienes, y que tiene por órgano al concejo municipal de la comuna, salvo el caso en que se opongan los intereses de la sección a los de la comuna, habiendo lugar entonces a la elección de una comisión sindical.

[32] El proyecto de ley en discusión aporta cierto alivio a la tutela sobre las resoluciones municipales.

[33] En general: Hourticq: "La pléthore des communes en France", *Dépt et comm.,* 1956, p. 87. Delagarde: *La crise des municipalités de campagne,* tesis Poitiers, 1946; Blondeau: "Les problèmes administratif posés par les très grandes agglomérations", *Rev. Adm.,* 1951, p. 183.

[34] Silvera: "La section de commune", *A.J.,* 1963, p. 132.

2º Desde hace algunos años, la urbanización acelerada del país ha hecho surgir situaciones que la legislación tradicional no había previsto: implantaciones de grandes conjuntos sobre el territorio de antiguos pueblos, creación de ciudades nuevas por decisión de la autoridad pública.

A la primera situación responde la Ordenanza del 7 de enero de 1959. Esta prevé la creación de un establecimiento público llamado *sector de comuna,* encargado provisionalmente de establecer y de administrar los servicios públicos necesarios al nuevo conjunto, y de percibir las tasas y contribuciones correspondientes. El sector de comuna está administrado por una comisión en donde están representados principalmente los concejales municipales interesados y los residentes del conjunto. Pero el texto ha permanecido sin aplicación.[35]

En cuanto a las *ciudades nuevas*[36] (ley del 10 de julio de 1970, decreto del 30 de marzo de 1972), su creación es decidida por decreto en Consejo de Estado. Los concejos municipales de las comunas, en cuyo territorio se va a implantar la nueva aglomeración pueden escoger, para su realización, entre tres fórmulas: la creación de un *sindicato comunitario de ordenación,* establecimiento público administrado por representantes elegidos de los concejos municipales; la ejecución por una *comunidad urbana* (*infra,* Nº 405); finalmente, la creación de un *conjunto urbano,* persona moral que la ley no califica de establecimiento público, debido a que tiene como vocación desaparecer progresivamente en provecho de la transformación del conjunto en comuna. El consejo del conjunto urbano está por ello, desde su creación, sometido a las mismas disposiciones que un concejo municipal ordinario. Si los concejos municipales no optan por ninguna de estas soluciones, o habiendo optado no ejecutan el proyecto en cierto plazo, la tercera fórmula, la del conjunto urbano puede ser impuesta mediante decreto. El concejo en este caso está compuesto de consejeros generales.

3º Pero las verdaderas dificultades, que se agravan con la evolución reciente, se manifiestan por una parte en las *pequeñas comunas;* y por otra parte, en los *grandes centros urbanos.*[37] Las

[35] El proyecto de ley consagra el abandono de esta fórmula.

[36] A. Heymann: "Les villes nouvelles", *A.J.,* 1971, p. 443.

[37] F' d'Arcy., y C. Domenach: "Une administracion nouvelle: les grandes villes", *A.J.,* 1976, p. 506.

primeras no disponen de los recursos que exije el equipamiento moderno de una colectividad; están condenadas a vegetar. Los segundos constituyen, desde el punto de vista económico y sociológico, un todo; pero permanecen divididos desde el punto de vista administrativo, en varias comunas: de allí la imposibilidad de una política coherente. Hay dos técnicas que permiten remediar este estado de cosas: la *fusión,* que conlleva la supresión de las comunas reagrupadas, las cuales pierden toda existencia administrativa en beneficio de la nueva comuna surgida de su reunión, y la *asociación,* que las deja subsistir, pero que transfiere a una autoridad supracomunal, una parte más o menos importante de sus competencias. Diversas fórmulas de asociaciones han sido ofrecidas de esta manera a las municipalidades. Recordemos, las más antiguas, que responden inadecuadamente a los problemas del presente: *conferencias intercomunales,* simples encuentros entre delegados de los concejos municipales de las comunas preocupadas por un mismo problema de interés local, sin poder de decisión,[88] y las *comisiones sindicales,* órganos personalizados, encargados de administrar bienes indivisos entre varias comunas. Mucho más importante es la institución, desde 1890, del *sindicato de comunas,* profundamente modificado luego. Más recientemente, la ordenanza Nº 59-30, del 5 de enero de 1959, ha previsto la institución de los *distritos urbanos,* que la ley del 31 de diciembre de 1970, denomina simplemente *distritos,* para acentuar su vocación de aplicarse a las comuna rurales. Finalmente, la ley del 31 de diciembre d 1966, propone a las grandes aglomeraciones la fórmula de la *Comunidad urbana.*

Para incitar a las comunas a recurrir a los procedimientos que les son ofrecidos (asociación, fusión), un decreto del 27 de agosto de 1964, ha previsto que las subvenciones acordadas por el Estado a los equipamientos realizados por las colectividades reagrupadas serían sustancialmente aumentadas. El Consejo de Estado ha afirmado la legalidad de esta medida (13 de diciembre de 1968, *Fédération Nationale des élus municipaux, A.J.,* 1969, p. 33).

Estas incitaciones no han producido los resultados esperados. Por ello la ley del 16 de julio de 1971,[89] además de agregar unas

---

[88] El proyecto de ley reordena estos encuentros entre los concejos municipales para aligerarlos.

[89] Sobre esta ley· T. Flory: *A.J.,* 1971, p. 637; J. C. Venezia: "Les regroupements de communes", *R.D.P.,* 1971, p. 1.061

nuevas (aumento de las subvenciones de equipamiento), organiza por una parte la puesta en marcha sistemática, en el curso del año 1972, de diversos procedimientos de reagrupación, y por otra parte organiza, a título permanente, el régimen de la fusión con la esperanza de generalizar su empleo.

De este conjunto, retendremos para un estudio más detallado, la fusión, el sindicato de comunas, el distrito y la comunidad urbana.

402 bis .— A. La fusión. La fusión, en principio, permanece voluntaria: ella resulta de las deliberaciones concordantes de los concejos municipales interesados, sancionadas por resolución del prefecto.

Si no se logra este acuerdo, el proyecto puede ser sometido a los electores por vía de *referendum*, ya sea a petición de un cierto número de concejos municipales que representen una fracción determinada de la población concernida, o por iniciativa del prefecto. Si la mayoría absoluta de los sufragios expresados, que representen, al menos un cuarto de los inscritos, es favorable a la fusión, ésta es pronunciada por resolución prefectoral. Sin embargo, las comunas en las que los dos tercios de los votantes que representen la mitad de los inscritos se hayan pronunciado contra el proyecto, no son incluidas en la fusión y guardan su régimen anterior.[40]

La fusión puede tomar dos formas. En la *fusión simple,* las comunas desaparecen. Ellas pueden solamente, en base a la petición de su concejo municipal ser erigidas en *sección electoral* (*supra,* Nº 382), eligiendo al menos un concejal para asegurar su representación en el concejo de la nueva comuna; ellas pueden conservar, además, un anexo de la alcaldía, y sus registros de estado civil.

En la segunda forma de fusión, creada por la ley del 16 de julio de 1971, cada comuna fusionada puede pedir el régimen de *comuna asociada* que le es acordado de derecho. La comuna asociada guarda su nombre, es erigida de pleno derecho en sección

[40] La facultad reconocida al prefecto por la ley del 16 de junio de 1971, en caso de rechazo del proyecto por los concejos municipales, de someterlo al Consejo general, y si éste aprueba la fusión, proceder por resolución, no ha sido instituida a título permanente y no valdría sino para la puesta en marcha del plan de reagrupamiento departamental en 1972.

electoral, y posee un anexo de la alcaldía. Sobre todo, conserva órganos propios: un *alcalde-delegado*, que ejerce las funciones de oficial del estado civil, de oficial de policía judicial, y puede, por delegación del alcalde, recibir otras atribuciones; una *comisión consultiva*, que representa la población, presidida por el alcalde-delegado competente para dar opiniones y hacer proposiciones sobre los asuntos que interesan a la comuna asociada. En la medida en que esta fórmula de "federalismo comunal" asegura una cierta supervivencia de las comunas preexistentes, puede ayudar a superar las resistencias, nacidas del apego a las comunidades tradicionales, a las que se han enfrentado hasta ahora las fusiones "simples".

En un caso como en el otro, un convenio celebrado entre los concejos determina las modalidades de la fusión. Además, los textos (ordenanza del 5 de enero de 1959, ley del 9 de julio de 1966, 31 de diciembre de 1970 y 16 de julio de 1971) han previsto medidas destinadas a asegurar la transición, en lo que concierne, principalmente, la composición del concejo municipal de la nueva comuna, el destino de los agentes comunales, los bienes, y sobre todo, las consecuencias de la fusión sobre la fiscalidad comunal.

403. — B. El sindicato de comunas.[41] Es una persona moral, calificada por la ley de establecimiento público, y que toma a su cargo la gestión de uno, o desde la ordenanza del 9 de enero de 1959, de varios servicios que interesan a un cierto número de comunas (sindicatos de vocación múltiple); así encuentran éstas la posibilidad, al reagruparse, de hacer frente a las tareas para las que, cada una, de manera aislada, no habría podido lograr, o en el caso de aglomeraciones, coordinar sus actividades.

1º *Creación.* El sindicato se forma entre comunas limítrofes, o incluso, no limítrofes. La iniciativa debía inicialmente contar con la unanimidad de los concejos municipales de las comunas interesadas. Pero esta exigencia de unanimidad ha frenado durante mucho tiempo la formación de sindicatos, ya que la oposición de uno solo de los concejos interesados en el proyecto, bastaba para impedir la realización. Así, la ordenanza del 9 de enero de 1959, para los sindicatos de vocación única, luego la ley del 31 de diciembre de 1970 para los sindicatos de vocación múltiple,

---

[41] Brun y Mayer: *Les syndicats intercommunaux*, 1954; además, circular del 27 de julio de 1964. *J.O.*, 1964, p. 7.493, que resume las disposiciones en vigor.

han previsto el caso en que el proyecto contara, a falta de unanimidad, con una importante mayoría, teniendo en cuenta a la vez el número de las comunas y el total de los habitantes; en este caso, el sindicato se hace obligatorio para las comunas que han rechazado la adhesión. La resolución de autorización dictada por el prefecto fija la lista de las comunas que forman parte del sindicato, en base a la opinión conforme al consejo general.

El sindicato puede recibir la adhesión de las comunas que no han participado en la creación.[42]

2º *Atribuciones.* Estas se limitan a la gestión de uno o varios servicios intercomunales que se encuentran por lo tanto sustraídos de la competencia de cada concejo y colocados en la del sindicato. Las reglas de organización y de gestión son las mismas que para los servicios municipales (*supra,* Nº 390).[43]

3º *Organos.* El sindicato está administrado por un comité, compuesto por delegados elegidos por cada concejo municipal, a razón de dos por comuna. El comité elige su presidente. Toma decisiones, y el presidente asegura su ejecución. Las reglas que rigen su funcionamiento y la tutela ejercida sobre sus actos, son las que se aplican a los concejos municipales, tal como resultan de la ley del 31 de diciembre de 1970.

4º *Recursos.* El presupuesto del sindicato, votado por el comité, está alimentado principalmente por la contribución de cada una de las comunas asociadas, que constituye para ellas un gasto obligatorio, y por las tasas y rentas (*redevances*) correspondientes a los servicios; la facultad de contratar préstamos ha sido reconocida a los sindicatos. El presupuesto, comporta, en gastos los créditos necesarios a los servicios.

5º El sindicato *termina,* ya sea por la expiración del tiempo para el cual había sido constituido, o por el consentimiento unánime de los concejos interesados, o por una medida de disolución pronunciada por decreto.

---

[42] Según el proyecto de ley, la adhesión sólo puede ser parcial y se limita a ciertos objetos del sindicato.

[43] El proyecto de ley en discusión añade, a la gestión de los servicios, los estudios de ordenación y la realización de obras y de trabajos.

6º Inicialmente los sindicatos han sido constituidos, sobre todo para la distribución de la electricidad y el abastecimiento de agua en las comunas rurales. Desde hace algunos años, sin embargo, sus objetivos tienden a diversificarse y a multiplicarse. El procedimiento adaptado, es igualmente utilizado para la aplicación del estatuto de los agentes comunales, entre comunas del mismo departamento que ocupen menos de cuarenta agentes, la adhesión es entonces obligatoria.

404. — C. El distrito.[44] Es la ordenanza Nº 59-60 del 5 de enero de 1959 la que instaura esta nueva fórmula de asociación entre comunas. En el espíritu del legislador, ella estaba destinada a resolver problemas de las aglomeraciones urbanas: de allí su nombre (*distrito urbano*), y su régimen inicial. En la práctica, el distrito no ha sido nunca utilizado en el sentido previsto, pero se pensó que podría, como el sindicato, facilitar las reagrupaciones de comunas rurales. La ley del 31 de diciembre de 1970 consagra esta evolución.

Como el sindicato de comunas, el distrito es una asociación de comunas, calificada de establecimiento público, dotada por tanto de personalidad moral y de autonomía financiera.

El régimen inicial del distrito era bastante diferente al del sindicato. La reforma de 1970 ha acercado sensiblemente las dos instituciones.[45]

1º *Creación.* Como el sindicato, desde 1970, el distrito puede ser creado a iniciativa, no de la unanimidad de los concejos municipales, sino de una mayoría calificada (dos tercios de los concejos que representen más de la mitad de la población, o la mitad de los concejos que representen los dos tercios de la población), mediante una resolución prefectoral, que fija la lista de las comunas interesadas, con la opinión conforme al consejo general. La creación autoritaria mediante decreto, desaparece. La misma mayoría calificada es requerida para la modificación de las reglas iniciales.

2º *Atribuciones.* Mientras que las del sindicato dependen de la sola voluntad de las comunas, el distrito posee un mínimo

---

[44] Bourjol· *Le district urbain*, 1963.

[45] El proyecto de ley acentúa todavía más la semejanza entre las dos fórmulas del sindicato y del distrito.

de atribuciones legales: su creación tiene *siempre* por efecto transferirle de pleno derecho la gestión de los servicios municipales de vivienda y de los centros de socorro contra incendios. Además, si las comunas agrupadas en el marco del distrito hubiesen constituido anteriormente entre ellas un sindicato, los servicios administrados por el sindicato, que se disuelve de pleno derecho, le son transferidos. Estas competencias pueden ser extendidas a otros servicios por la decisión que les instituye. En fin, un concejo o varios, pueden confiar al distrito, en la o las comunas interesadas, la gestión de un servicio municipal, o la carga de trabajos nuevos.

3º *Organos.* Son: el *consejo de distrito* formado por los delegados elegidos por los concejos, y una *oficina* (*bureau*), compuesta por un presidente y vicepresidentes. Sin embargo, la regla de la representación igual de las comunas, que se aplica al comité del sindicato, no se impone para el consejo de distrito. El régimen de las deliberaciones, las reglas de tutela, son en cambio idénticas.

4º *Recursos.* La diferencia principal con el sindicato es que, en el presupuesto del distrito, no figuran como ingresos, las cotizaciones de las comunas, salvo para los servicios que algunas de ellas han confiado libremente al distrito; en cambio, el consejo de distrito puede decidir la atribución al distrito de una fracción del montante de la tasa local pagada hasta entonces a las comunas.

405. — D. La comunidad urbana.[46] Ya hemos señalado la gravedad del problema que plantea la discordancia entre la aglomeración urbana constituida por una gran ciudad y sus comunas periféricas que forman una unidad económica y humana, y la fragmentación administrativa impuesta a este conjunto por el régimen municipal tradicional, que hace imposible una política común. Las fórmulas ensayadas para remediar esta situación, principalmente la del distrito urbano, no han sido juzgadas como suficientes. De allí, la ley del 31 de diciembre de 1966, completada por varios

[46] Cadart: "Un espoir pour les grandes villes: le proyet de loi sur les communautés urbaines", *D.*, 1966, Chr., p. 123; A. de Laubadère: *A.J.*, 1967, p. 89; Colard: "Une structure supra communale pour les grandes villes", *A.J.*, 1967, p. 449; Médard: "Les communautés urbaines", *R.D.P.*, 1968, p. 737; Kessler y Bodiguel: "Les communautés urbaines", *Rev. Fr. Sc. Pol.*, abril de 1968.

decretos (decreto del 27 de noviembre de 1967, y del 30 de noviembre de 1967, principalmente), crea una nueva, la de la *comunidad urbana*.

La comunidad es, como el distrito, no una colectividad local de nuevo tipo, sino un *establecimiento público administrativo* que se sobrepone a las comunas existentes. Estas subsisten, con sus órganos tradicionales, y todas las competencias que no están expresamente transferidas a la comunidad.

1º Su *creación*, limitada a las aglomeraciones de más de 50.000 habitantes, incluidas en el mismo departamento, es decidida por decreto, en base a petición hecha por los representantes de la mayoría de los interesados, calculada como para el distrito, bajo el doble punto de vista del número de las comunas y del total de habitantes. El decreto es dictado en Consejo de Estado si todas las comunas no han dado su acuerdo. No está prevista la creación por vía autoritaria, sin petición de los interesados. Sin embargo, la ley misma crea cuatro comunidades en las aglomeraciones de Bordeaux, Lille, Lyon y Strasbourg, que corresponden a cuatro de las ocho metrópolis regionales previstas para equilibrar la atracción de París. Su delimitación exacta fue realizada por decreto, luego de consultar a los concejos municipales y generales interesados.

2º *Las atribuciones de la comunidad* son mucho más amplias que la del distrito. La lista de competencias de las comunas que la ley le transfiere automáticamente, comprende principalmente todo lo que concierne a los planes de modernización, de equipamiento y de urbanismo; la creación y el equipamiento de nuevas zonas de habitación o de industria, con sus locales escolares, los servicios de vivienda, la protección contra incendios, los transportes urbanos, el agua, la vialidad, etc.... Además, otras competencias pueden ser voluntariamente transferidas a la comunidad (equipamientos culturales, deportivos, sanitarios, etc....). Para su modernización y su equipamiento, la comunidad puede celebrar, con el Estado, un *contrato de plan* plurianual (decreto del 23 de diciembre de 1970).

3º La comunidad es administrada por un *Consejo de la comunidad*, compuesto por delegados de los concejos municipales. La

repartición de puestos entre las comunas planteaba un problema difícil, si se quiere, sin tener un consejo muy numeroso, asegurar la representación de las comunas, teniendo en cuenta al mismo tiempo la importancia muy desigual de su población respectiva. La ley prevé, a falta de acuerdo amigable entre los concejos municipales interesados, una repartición de puestos en representación proporcional, y para las comunas a las que no se le acordara ningún puesto sobre esta base, se les atribuye colectivamente un número de puestos proporcional a su población total. Los delegados, elegidos por el concejo municipal en las comunas que tengan derecho a un puesto o más, lo son por la reunión de los alcaldes en las comunas representadas colectivamente. La composición inicial del consejo puede ser modificada, principalmente, en función de la evolución demográfica (decreto del 29 de enero de 1971).

El consejo de la comunidad, que está regido en principio, en cuanto a sus deliberaciones y a los controles ejercidos sobre éstas, por las reglas aplicables a los concejos municipales, elige su directiva. El presidente es el órgano ejecutivo de la comunidad.

4º En lo que concierne a los *recursos,* la ley contiene una disposición capital: el concejo puede crear, en provecho de la comunidad, céntimos adicionales a las tres contribuciones directas, percibidas por las comunas (propiedades edificadas, tasa por habitación, tasa profesional).

5º La reforma, que desea conciliar el respeto a la existencia de las comunas y la necesaria unidad de gestión de las aglomeraciones urbanas, es, en esta medida, compleja. Ella ha suscitado resistencias. Sólo la experiencia dirá el valor práctico de la misma, que tiene el mérito de proponer una solución a una problema vital para la ordenación coherente del territorio.

405 bis. — **La reagrupación sistemática: la ley del 16 de julio de 1971.** Ya hemos señalado las reformas aportadas por esta ley al régimen de las fusiones. Pero fuera de estas disposiciones permanentes, ella ha organizado un procedimiento de reagrupación, que se desarrolló en 1972, y que llevó a cada departamento a la elaboración por el prefecto y una comisión de elegidos locales, de un plan de reagrupación, bajo la forma, ya sea de fusiones, o de distritos, de sindicatos, o de comunidades urbanas.

Para la ejecución de este plan, la fusión puede ser impuesta por el prefecto con la aprobación del consejo general (*supra*, Nº 394, nota 1). Puede, igualmente, incluso sin esta aprobación, imponer la creación de un sindicato con las atribuciones limitadas. No parece que estos procedimientos autoritarios hayan sido utilizados. Los proyectos prevén, para los 91 departamentos a que se refiere la ley —los de la región parisina están excluidos—, 3.482 fusiones para 9.761 comunas, 1.492 sindicatos de vocación múltiple (12.979 comunas), 307 distritos (3.245 comunas), 22 comunidades urbanas (354 comunas). Los dos tercios de las comunas francesas están, pues, afectados por estos proyectos. Sin embargo, su traducción a los hechos no está sometida a ningún plazo. En la práctica, los resultados obtenidos son inferiores a los previstos. El proyecto de ley en discusión consagra el abandono de este plan.

CAPITULO II

La colectividad departamental

Ya hemos estudiado la doble naturaleza del departamento: *circunscripción* esencial para el ejercicio de la administración del Estado en el año VIII, se convierte también, progresivamente, en una *colectividad descentralizada.* La elección de los consejos generales (1833), la afirmación de la personalidad moral del departamento (opinión del Consejo de Estado del 27 de agosto de 1834), la ley del 10 de mayo de 1838, que aumenta los poderes del consejo general, y finalmente la del 10 de agosto de 1871, que permanece como la base de la administración departamental, constituyen las etapas de la evolución.

El departamento es en un sentido, menos descentralizado que la comuna; no tiene como ella, un órgano ejecutivo de origen electivo; es el prefecto quien continúa cumpliendo la función. Pero, precisamente por esta razón, la tutela es menos estricta sobre el consejo general que sobre el concejo municipal.

Por otra parte, a la inversa de la comuna, el departamento es más importante, en tanto que circunscripción para la administración del Estado, que como colectividad descentralizada. El primero de estos aspectos ha sido estudiado *supra,* Nº 366 y ss.; es al segundo a que nos referiremos, al describir los tres órganos por los que ejerce la administración de la colectividad: el consejo general, el ejecutivo departamental y la comisión departamental.[47]

Sección I. El consejo general

Creado en el año VIII, electivo y deliberante desde 1833, constituye el órgano esencial de la descentralización departamental.[48]

[47] *Cfr.* las tesis precitadas de Borgnier, París, 1951 y Doueil, Toulouse, 1948; Bonnaud Delamare: *La loi du 10 aout 1971,* 1951.

[48] Bacquias: *Le conseil général et le conseil d'arrondissement,* 1937.

§ 1. Composición

406. — A. Elección. El consejo general es elegido por sufragio universal y directo. Cada cantón, sea cual sea su población, designa un consejero; de lo que resulta en la composición de los consejos, una neta preponderancia del elemento rural sobre el elemento urbano.[49]

Las inelegibilidades particulares se refieren, por una parte a un cierto número de funcionarios del Estado, en el ámbito en que ejerce su competencia (C. élect., art. 220), por otra parte, a los consejeros que hayan sido objeto de algunas sanciones. Existen además incompatibilidades, principalmente entre dos mandatos de consejero general.

Los candidatos deben estar domiciliados en el departamento, o estar inscritos en la lista de contribuyentes; sin embargo, la proporción de los consejeros no domiciliados no puede exceder un cuarto de los elegidos.

El escrutinio es uninominal, en dos vueltas. Para ser elegido en la primera, hace falta reunir la mayoría absoluta de los sufragios, y un número de votos igual al cuarto de los electores inscritos. En la segunda vuelta, en el cual no pueden presentarse sino los candidatos que hayan obtenido el 10 por ciento de los votos de los electores inscritos, basta la mayoría relativa.

407. — B. Renovación. Los consejeros generales son elegidos cada seis años; cada consejo se renueva por mitad cada tres años, para lo cual se reparten los cantones en dos sectores, de los que cada uno vota con tres años de diferencia con respecto al otro. Las elecciones tienen lugar para cada sector, en marzo (ley del 19 de noviembre de 1963). Hay lugar, en cada cantón, a elecciones parciales para reemplazar a un consejero en caso de que éste cese sus funciones por cualquier causa, principalmente muerte o dimisión; el elegido termina el mandato de aquel a quien sucede.

§ 2. Funcionamiento

408. — A. Organización interna. El consejo elabora su reglamento interno, designa sus comisiones, elige su presidente y

[49] Un aumento del número de cantones en las aglomeraciones urbanas, destinada, a corregir el desequilibrio señalado en el texto, está en proceso de realización.

su directiva; la designación del presidente toma a menudo el valor de una indicación política. Las funciones de consejero son gratuitas, salvo reembolso de los gastos de desplazamiento y de estadía en la capital.

409. — B. Régimen de las reuniones. El consejo se reúne en sesión ordinaria, dos veces por año: la primera sesión comienza entre el 1º y el 30 de abril, y dura 15 días; la segunda, de un mes máximo, tiene lugar entre el 1º de setiembre y el 15 de enero del año siguiente[60] (decreto del 11 de setiembre de 1959). El conconsejo puede, además, reunirse en sesión extraordinaria, por convocatoria del gobierno, del prefecto, de la comisión departamental, o por iniciativa de los dos tercios de sus miembros.

Las sesiones son públicas; están presididas por el presidente del consejo general; el prefecto puede asistir, y tomar la palabra cuando él lo pida.

410. — C. Las decisiones. Adoptadas por mayoría de los sufragios expresados (ley del 14 de junio de 1974), presentan los mismos caracteres que la del concejo municipal (*supra*, Nº 386). Además, el consejo es frecuentemente llamado a dar *opinión*, según los textos: es principalmente consultado sobre el plan regional de desarrollo y de equipamiento, y sobre su ejecución en el departamento (decreto del 13 de enero de 1970). Asimismo, puede tomar la iniciativa de pronunciamientos (*voeux*) sobre todas las cuestiones económicas o de administración general, excluidos los pronunciamientos políticos y plantear directamente al ministro competente reclamaciones y observaciones sobre los servicios públicos implantados en el departamento.

§ 3. Atribuciones

A diferencia de las del concejo municipal, éstas son objeto de una enumeración, teóricamente limitativa; pero, como uno de los capítulos de esta enumeración se refiere a "todos los objetos de interés departamental", la competencia del consejo general es tan amplia como la del concejo municipal.

[60] La reforma excluyendo la coincidencia de sesiones de los consejos generales con las del Parlamento, efectuadas por la ley del 19 de noviembre de 1963, ha sido, en razón de las dificultades prácticas que ella originaba, abandonada por la ley del 26 de junio de 1964, que vuelve al régimen anterior, descrito en el texto.

411. — A. **Las intervenciones del departamento.** Bajo límites legales (principio de laicidad, respeto de la libertad de comercio y de industria (*supra,* N' 388 y ss.), el consejo decide la creación de servicios públicos departamentales, y prevé lo relativo a su gestión; fija el número, el régimen, el salario de los agentes departamentales. En la práctica los servicios gestionados por el departamento son poco numerosos; algunos son obligatorios (mantenimiento de la red de rutas departamentales, cuidado a los enfermos mentales, ciertos servicios que interesan a la asistencia y a la salud pública); los servicios facultativos más frecuentemente creados son de las redes de autobuses departamentales. Las reglas aplicables a los servicios son, en sustancia, las mismas que para los servicios comunales. El consejo, por otra parte, puede acordar subvenciones a las actividades de interés general; éstas tienen en la práctica una gran importancia.

412. — B. **Bienes e intereses del departamento.** El consejo asegura su gestión; él decide los contratos a celebrarse, las acciones a intentar o a sostener, los trabajos a hacer. Entre estos bienes, un cierto número de inmuebles, aunque afectados a servicios de Estado, entran en el dominio del departamento, quien tiene así la carga de su mantenimiento.

413. — C. **Atribuciones diversas.** El consejo tiene algunas atribuciones extradepartamentales: participa en la tutela sobre las comunas (decide, por ejemplo, sobre el seccionamiento electoral, *supra,* Nº 382). Está llamado por los textos a dar opinión sobre materias que conciernen a la administración de Estado. En fin, los consejeros a título individual, participan en la elección de los senadores, lo que confiere a los consejos generales una real importancia política.

414. — D. **El presupuesto departamental.**[51] Preparado por el prefecto, votado en la sesión de agosto, obedece, de manera general, a las mismas reglas que el presupuesto comunal antes de la ley de 1970, *supra,* Nº 391: distinción de la sección ordinaria y de la sección extraordinaria, del presupuesto primitivo y del presupuesto

[51] Singer, *op. cit.*, p. 367, Nº 1; Rousseau: *Le budget départamental*, tesis, Poitiers, 1956. La mayoría de las disposiciones previstas en materia financiera por el proyecto de ley en discusión sobre las colectividades locales, se aplican tanto a los departamentos como a las comunas.

suplementario, de los gastos obligatorios y facultativos. Los ingresos fiscales son idénticos a los de las comunas, plantean los mismos problemas y están en lo esencial regidos por los mismos textos. La regla vale para las subvenciones, para los impuestos directos: la sustitución de los céntimos adicionales, de las cuatro tasas creadas en 1959, se aplica tanto a los departamentos como a las comunas y para los empréstitos (*supra*, Nº 391).

§ 4. La tutela sobre el consejo general

415. — A. Sobre las personas. El consejo puede ser *disuelto*, por decreto motivado; el Parlamento debe ser inmediatamente informado de esta medida; la elección del nuevo consejo debe realizarse en el transcurso del mes. La disolución del conjunto de los consejos generales está prohibida. En la práctica, y contrariamente a lo que pasa para los concejos municipales, la disolución de un consejo general es muy rara.

Los consejeros pueden ser objeto de una medida de *dimisión de oficio*, pronunciada por el consejo mismo en caso de ausencia no excusada a una sesión, y por el Consejo de Estado en caso de negativa a ejecutar una obligación legal.

416. — B. Sobre los actos. La tutela ya ligera, ha sido suavizada aún más por la ordenanza Nº 59-32 del 5 de enero de 1959, y el decreto de aplicación Nº 59-36 del mismo día.

1º En principio las discusiones, comprendido el presupuesto, y algunos préstamos (créditos adicionales), son *ejecutorias por sí mismas*, diez días después del término de las sesiones. El prefecto puede solamente en los diez días, diferir la decisión, por ilegalidad al gobierno, debe notificar de esta medida a los presidentes del consejo general y de la comisión departamental; el gobierno dispone de un plazo de seis semanas para pronunciar la anulación, por decreto en Consejo de Estado; pasado este plazo, si el decreto de anulación no se ha dictado, la decisión se hace ejecutoria.

2º Las decisiones ajenas a las atribuciones del consejo, o dictadas fuera de una sesión regular, son *nulas y de nulo efecto*. La nulidad puede ser pronunciada en todo momento, por decreto en

el primer caso, y por el prefecto, en el segundo, quien debe al mismo tiempo hacer cesar la reunión irregular y eventualmente intentar acciones judiciales.

3º Ciertas decisiones permanecen sometidas a una *aprobación*, dada por decreto, o por resolución ministerial: es el caso del presupuesto, cuando las cuentas del ejercicio precedente hacen aparecer una situación financiera difícil (déficit o endeudamiento excesivo), y de algunos empréstitos. La aprobación se supone dada, a falta de decisión, en los tres meses.

4º Finalmente, la autoridad de tutela conserva un poder de *sustitución* cuando el consejo general se niega a hacer un acto prescrito por la ley. La inscripción de oficio en el presupuesto de un gasto obligatorio es operada por decreto.

Sección II. El ejecutivo departamental

417. — A. El problema. La Constitución de 1946, en una intención descentralizadora, había decidido quitar al prefecto, agente nombrado, sus funciones de órgano ejecutivo de la colectividad departamental, para transferirlos a un órgano elegido, el presidente del consejo general. Esta reforma había sido ya preconizada por los descentralizadores cuando la elaboración de la ley de 1871, pero había sido descartada (*infra*, Nº 419). En espera de la ley que debía asegurar la realización del principio así planteado, la Constitución instauraba, sobre el prefecto agente de ejecución departamental, un control permanente del presidente del consejo general.

En realidad, los presidentes juzgaron suficientemente estar informados por el prefecto de su acción, y la ley anunciada no fue dictada nunca. La medida prevista presentaba, en efecto, graves dificultades. Además, ella no interesaba en su conjunto a los consejos generales, que juzgaban como muy favorable a los intereses del departamento, la colaboración que la solución tradicional permitía entre ellos y los prefectos. En la práctica esta colaboración y también la calidad de "notables" que tienen, o adquieren muchos consejeros generales, entrenados en sanos métodos de gestión, explican la legendaria "prudencia" de estas asambleas.

Es, pues, la solución tradicional acogida por la Constitución actual, al abandonar las fórmulas de 1946.

418. — B. El prefecto, órgano ejecutivo del departamento. El prefecto, está en primer lugar encargado, conjuntamente con la comisión departamental, de *preparar* las deliberaciones del consejo. Ya hemos visto la participación que él tiene en estas deliberaciones, en el curso de las cuales puede siempre ser oído.

Al prefecto le corresponde la ejecución de las decisiones del Consejo. A este título, es el jefe de los servicios y de los agentes departamentales, que él nombra; celebra los contratos, sostiene las acciones en justicia, salvo aquellas que oponen el departamento al Estado, para las que el consejo nombra un mandatario especial; está, en fin, encargado de la ejecución del presupuesto; sus cuentas son anualmente sometidas a la aprobación del consejo, en el curso de una sesión a la que no tiene acceso.

SECCIÓN III. La comisión departamental

419. — A. Razones de ser. Fue creada por la ley del 10 de agosto de 1871, y constituye como una transacción entre partidarios y adversarios de una mayor descentralización departamental. Contrariamente a los deseos de los primeros, el régimen de sesiones del consejo general las limitaba de manera estricta, en cuanto al número y duración. De allí la idea de prolongar su acción en el tiempo, mediante un órgano menos poderoso que él, pero dotado de una cierta permanencia. Por otra parte, ya que el prefecto permanecía como el órgano ejecutivo del departamento, se podía conceder a los descentralizadores, hostiles a esta solución, la existencia de un control limitado ejercido sobre él a este título por un órgano de origen electivo.

La comisión departamental responde a estas dos intenciones: es *un órgano emanado del consejo general,* dotado de una cierta *permanencia,* y principalmente encargado de ejercer *un cierto control sobre la ejecución de las decisiones del consejo por el prefecto.*

420. — B. Composición. Comprende de cuatro a siete consejeros generales, elegidos por el Consejo, por un año, en la segunda sesión ordinaria, y reelegibles; en la medida de lo posible cada distrito (*arrondissement*) debe tener un representante. Para evitar que adquieran demasiada autoridad sobre el prefecto, los

consejeros que sean al mismo tiempo parlamentarios o alcaldes de la capital no pueden formar parte de ella.

421. — C. Funcionamiento. La comisión elige su presidente. Se reúne al menos una vez por mes, y puede ser en el intervalo convocada por su presidente o por el prefecto. Este asiste a sus sesiones, que no son públicas.

422. — D. Atribuciones. 1º La comisión es para comenzar, un órgano de *preparación*: el prefecto le comunica, salvo urgencia, todos los asuntos sobre los que el consejo general será llamado a deliberar, incluido el presupuesto, diez días al menos antes de la sesión; ella puede presentar al Consejo opiniones o informes sobre estos proyectos.

2º La Comisión tiene poderes de *decisión*. Los que le son propios están limitados a asuntos secundarios (clasificación de algunos caminos, repartición de subvenciones, etc.). El Consejo puede, además, delegarle sus poderes para ciertos asuntos. Ella dicta, en sus diversas posibilidades, verdaderas decisiones ejecutorias.

3º La comisión tiene poderes de *control*: cada mes el prefecto le comunica el estado de los mandatos de pago que ha librado en ejecución del presupuesto, para que pueda así vigilar.

423. — E. Controles ejercidos sobre la comisión.[62] 1º Como órgano del consejo general, ella está controlada por él; en la sesión de agosto, ella le presenta un informe de conjunto sobre sus trabajos. En caso de conflicto con el prefecto, el Consejo está llamado a solucionarlo, si es necesario, con una sesión extraordinaria; el Consejo examina el conflicto, decide y puede revocar y reemplazar la Comisión si no le da la razón. Está igualmente llamado a decidir, cuando es recurrido por el prefecto o todo interesado, sobre la oportunidad de las decisiones dictadas en diversas materias (vialidad, evaluaciones catastrales, etc. (*cf.*, Art. 86 y 87, ley del 10 de agosto de 1871).

2º El control de tutela se ejerce sobre las decisiones de la Comisión, según las reglas aplicadas al Consejo general. En las

[62] L'Huillier: "Le contentieux des décisions de la commission départementale", *R.D.P.*, 1923, p. 516.

materias a que se refieren los artículos 86 y 87 precitados, el recurso por exceso de poder tiene por efecto suspender la ejecución de la decisión atacada.

SECCIÓN IV. Los organismos interdepartamentales

424. — Las soluciones tradicionales. Algunas cuestiones son de tal naturaleza que pueden interesar a varios departamentos. Pero las iniciativas del legislador para permitirles reagruparse con el fin de regularlas en común, han permanecido durante mucho tiempo tímidas:

1º *Las conferencias interdepartamentales* son simples reuniones de delegados de los Consejos generales interesados, que discuten sus asuntos comunes, pero sin poder tomar ninguna decisión: el proyecto elaborado por la conferencia debe ser objeto de deliberaciones concordantes de los Consejos.

2º *Las alianzas (ententes) interdepartamentales* (ley del 9 de enero de 1930). Dos o varios consejos generales pueden decidir crear, incluso entre departamentos no limítrofes, instituciones o servicios comunes, dotados de personalidad civil y de autonomía financiera; estos establecimientos públicos interdepartamentales son administrados por delegados de esos Consejos generales.

3º *Los sindicatos mixtos.* Los departamentos, o las alianzas interdepartamentales, pueden reagruparse con otras personas morales de derecho público —comunas, sindicatos de comunas, establecimientos públicos, para realizar una obra o un servicio que interese a todas. Los sindicatos mixtos así constituidos son establecimientos públicos. Sobre su régimen, *cf.* C. Comunas, Art. L. 166-I y s., y la circular del 27 de julio de 1964, J.O., p. 7.500. La institución que responde a una necesidad común —por ejemplo la creación de un aeropuerto que interese a la vez a una o a varias ciudades, el departamento, la Cámara de comercio—, puede permitir realizaciones interesantes.

Hoy en día la solución al problema de la reagrupación de los departamentos se busca en el marco de la región.[58]

[58] Goureau: "Les organismes de la politique de développement régional", *D.S.*, 1959, p. 129; Vasseur: *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, 1959.

CAPITULO III

La región

La región fue incluida entre las personas públicas territoriales por la ley del 5 de julio de 1972,[54] que entró en vigor el 1º de octubre de 1973. En efecto, si la cualidad de *colectividad* le ha sido negada (*supra*, Nº 347), sin embargo, la creación, en el ámbito de la circunscripción regional, de un establecimiento público, dotado de órganos y de competencias propias, hace de ella una entidad administrativa descentralizada.

Pero si la descentralización inspira claramente el régimen de los *órganos regionales*, ella es sin embargo, mucho menos neta en lo que concierne a las *competencias* y los *medios* de que dispone la región.

425. — A. Los órganos regionales. La ley crea dos: una asamblea deliberante, *Consejo regional*, y una asamblea consultiva, el *Comité económico y social*. Estas son distintas: nadie puede formar parte de una y de otra. Sin embargo, pueden ser llamadas a sesionar en común con el prefecto de región o sus presidentes, pero votan separadamente. Además, la ley confía al prefecto de región el rol de *ejecutivo regional*.

1º *El Consejo regional*. a) *Composición*. Este no es como los consejos de las colectividades locales, *una asamblea elegida*

[54] P. Ferrari y C. L. Vier: "La réforme régionale", *A.J.*, 1972, p. 491. La ley ha sido completada por tres decretos del 5 de septiembre de 1973, respectivamente, sobre la composición y el funcionamiento del consejo regional, del Comité económico y social, y sobre el régimen financiero y contable (comentadas por P. Ferrari y C. L. Vier: *A.J.D.A.*, 1973, p. 521) y por el decreto del 22 de noviembre de 1974, sobre la cooperación entre regiones (comentada por los mismos autores, *A.J.D.A.*, 1975, p. 100). *Cfr.*, también: Baquenard: "L'organisation régionale", *R.D.P.*, 1973, p. 1.405, y la bibliografía citada *supra*, p. 333; J. de Lan Versin: *La région et l'aménagements du territoire*, 1979.

—los consejeros regionales no son designados por una elección directa en sufragio universal—, pero es *una asamblea de elegidos*. Se compone, por mitad, de diputados y senadores de la región, y otra mitad, de representantes de las colectividades locales designados, unos por los consejos generales, entre sus miembros y entre los alcaldes (30%), los otros por los concejos municipales de las pricipales ciudades y de las comunidades urbanas (20%). La repartición de puestos entre los departamentos es proporcional a su población, con ciertos correctivos. El mandato de los consejeros regionales está ligado a su mandato principal, y termina con él.

b) *Funcionamiento.* Asamblea deliberante, el consejo elige cada año su directiva y su presidente, elabora su reglamento interior, y puede crear comisiones. Se reúne dos veces al año, en el primer y tercer trimestre, durante treinta días como máximo para todo el año. Además, son posible reuniones extraordinarias a iniciativa del prefecto, de la directiva, o de la mayoría absoluta de los miembros. En principio las reuniones no deben coincidir, por una razón práctica evidente, con las del Parlamento.

c) *Atribuciones.* El consejo "regula, por sus deliberaciones, los asuntos que son de la competencia del establecimiento público" (Art. 6); se le reconoce la "cláusula general" aplicada al concejo municipal (*supra*, Nº 387). Estas deliberaciones pueden dar origen a decisiones —principalmente el voto del presupuesto, que debe ser equilibrado— o a proposiciones u opiniones.

d) *Tutela.* Esta es muy reducida. Las decisiones son ejecutorias de pleno derecho. El prefecto sólo puede pedir un nuevo examen de ellas en los quince días siguientes. Sólo aquellas que fuesen ilegales pueden verse declaradas nulas por decreto en Consejo de Estado.

2º *El Comité económico y social.* Este se compone de representantes de los organismos y actividades de la región en las materias económicas, social, profesional, familiar, educativa, científica, cultural y deportiva. El decreto precitado del 5 de septiembre de 1973 fija la proporción respectiva de estos organismos, reagrupados en tres categorías; ellos designan por sí mismos sus representantes, a los que se añaden un 10% de personalidades calificadas, nombradas por el Primer Ministro. Todos son designados

por cinco años renovables. El Comité elige su directiva por dos años y seis meses, se reúne en principio al mismo tiempo que el Consejo, en sesiones públicas, y puede crear comisiones. Es una asamblea exclusivamente consultiva, emite opinión sobre todos los asuntos sometidos al Consejo regional, antes que éste delibere sobre ellos.

3º *El prefecto de región.* La ley añade, a las funciones que el prefecto de región ejerce como agente del Estado (*supra,* Nº 372), las de *órgano ejecutivo de la región.* A este título juega ante el Consejo un rol idéntico al del prefecto ante el Consejo general (*supra,* Nº 418): instruye los asuntos —es principalmente, quien prepara el presupuesto—, ejecuta las decisiones, compromete los gastos y asegura la ordenación de su pago.

426. — B. Las competencias regionales. Estas se vinculan todas al "desarrollo económico y social de la región". Esta vocación limitada explica el que se haya negado a la región el carácter de colectividad, que implica una vocación general. La ley distingue, por una parte, "los asuntos que son de la competencia del establecimiento público", que el Consejo regional "regula por sus deliberaciones" (Art. 4), y, por otra parte, aquellos que, dependiendo de la competencia del Estado, le son sometidos para opinión, como antes lo estaban a los C.O.D.E.R. (artículos 3 al 10).

1º *Los asuntos regionales.* Esta primera categoría está estrictamente limitada. En efecto:

- las competencias regionales no deben interferir las atribuciones de los departamentos y de las comunas;
- excluyen toda tarea de "gestión";
- no pueden ser creados servicios propios a la región.

En estos límites hay que distinguir:

a) *Las competencias decisorias.* Estas se ejercen en materia de *equipamientos colectivos* de interés regional. La región puede participar en su financiamiento cuando son realizados por otra persona pública, o pueden emprender ella misma la realización, pero solamente con el acuerdo y por cuenta de otras personas públicas y no por su propia iniciativa.

A estas competencias pueden añadirse las atribuciones que interesan al desarrollo regional que el Estado puede decidir confiar a una región,[55] y en sentido inverso, las que le confían las colectividades locales.

b) *Las competencias no decisorias.* Estas comprenden todos los estudios que interesan al desarrollo regional, y todas las *proposiciones* que tienden a coordinar las inversiones de las diversas colectividades públicas. Aparte del hecho de tener el Consejo regional, en estos dos casos, la iniciativa, estas competencias confirman y se vinculan a sus competencias propiamente consultivas.

2º *Las competencias consultivas.* El Consejo es obligatoriamente consultado sobre todos los problemas de desarrollo y de ordenación de la región, principalmente sobre la preparación y la ejecución del plan, del que el prefecto debe rendirle cuentas cada año. Da igualmente una opinión anual sobre la utilización de los créditos del Estado destinados a las inversiones regionales y departamentales.

3º *Los medios de acción de la región.* Para la puesta en marcha de estas competencias, la región dispone de *recursos* propios: el Estado le cede el producto de la tasa sobre los permisos de conducir, y el Consejo puede establecer tasas adicionales a las diversas tasas percibidas por el Estado, o las colectividades locales en determinados límites. La región puede, además, contratar empréstitos y recibir subvenciones del Estado. Cuando éste, o las colectividades, le transfieren algunas atribuciones, la transferencia debe acompañarse de las participaciones financieras correspondientes. Por otra parte, a la región se le reconoce el derecho de actuar en justicia o de intervenir cuando un litigio concierne a la ordenación y al desarrollo de la región (C.E., 5 de marzo de 1976, *Tanlier, A. J.*, 1976, p. 207).

4º *La cooperación interregional.* Sus modalidades han sido precisadas por un decreto del 22 de noviembre de 1974. Dos o varias regiones pueden querer emprender juntas "el estudio, el financiamiento o la realización de equipamientos de interés común",

---

[55] Para una primera aplicación, por lo demás limitada, de estas transferencias de atribución, *cfr.* 3 decretos del 8 de enero de 1976 (repartición entre los departamentos de la región de ciertas subvenciones para equipos decididas globalmente por el Estado).

o incluso, "la creación de instituciones de utilidad común". Ellas disponen, a este efecto, de tres procedimientos: la *conferencia interregional,* inspirada en las conferencias interdepartamentales (*supra,* Nº 424), instancia de estudio y de proposición, la *convención interregional,* celebrada por deliberación concordante de los consejos regionales interesados y firmada por los prefectos de región, quienes fijan las obligaciones y los derechos de cada región, en vista a la realización de una empresa común; finalmente, la creación de un *establecimiento público interregional,* decidida por una convención interregional que fija su organización y funcionamiento; pero no puede tener por objeto sino el estudio, el financiamiento y la realización de equipamientos de interés común, y debe ser disuelto al término de la operación que la ha sido confiada, ello para evitar que por esta vía, las regiones lleguen a una fusión de hecho.

CAPITULO IV

París y la aglomeración parisina[58]

427. — A. Evolución. 1º El problema. Este es doble, político por una parte, humano y económico, por otra parte.

El problema político, el único perceptible hasta una época reciente, se resume en que París es la capital de Francia; y la sede de los poderes públicos. Ahora bien, las revoluciones, desde 1789 han sido todas, en su inicio, revoluciones parisinas. Los diversos regímenes, preocupados en permanecer, han rechazado, pues, darle a París una organización municipal poderosa que pudiese constituirse en rival de los gobiernos, y sobre todo, de abandonar a autoridades descentralizadas, el mantenimiento del orden en la capital; por ello se explican las particularidades del régimen municipal de París, y del régimen del departamento del Sena.

El problema humano está planteado por la *aglomeración parisina.* Esta forma un vasto conjunto de más de 6 millones de habitantes: es la población de muchos Estados, concentrada sobre un espacio reducido. Los problemas que plantea esta situación exigen soluciones de conjunto. Ahora bien, la aglomeración no tenía unidad administrativa: dependía de un gran número de comunas, de varios departamentos, lo que impedía toda unidad de visión; unidad que era indispensable, ya que el desarrollo de la aglomeración parisina es un fenómeno de importancia nacional, y que conlleva en su crecimiento desordenado, un riesgo grave para el equilibrio del país. El trazado tradicional de las circunscripciones (de-

[58] Sobre los regímenes anteriores a 1975: Félix: *Le régime administratif du départament de la seine y de la ville de Paris,* 2 vol., 1947; Legaret: *Le statut de Paris,* 1956; *L'agglomération parisienne,* 1959; Gilles: *Problèmes administratif de la région et de l'agglomération parisienne,* tesis, París, 1960; Drago: "L'administration de Paris et de sa région", *A.J.*, 1966, p. 324. Sobre el régimen actual: Ferrari y Vier: *A.J.D.A.*, 1977, p. 115; Goyard, *R.D.P.*, 1978, p. 333.

partamentos y distritos [*arrondissements*]), no respondía ya a la situación demográfica y económica, y llevaba a la subadministración de numerosos sectores en donde se plantean, sin embargo, problemas administrativos agudos.

2º *Las soluciones.* a) Contra el temor histórico de un poder parisino, susceptible de balancear el prestigio de las autoridades nacionales, un movimiento de opinión reclamaba desde hacía tiempo, en nombre de la lógica democrática, la aplicación a París de un derecho municipal común.

Ha sido este movimiento el que inspiró, en gran medida, la reciente ley del 31 de diciembre de 1975, vigente desde las elecciones municipales de 1977. La tradición anterior y la especificidad de la situación parisina han conducido, sin embargo, a mantener una cierta particularidad en el régimen de la ciudad de París. b) La evolución, en lo que concierne a la *región parisina,* es mucho más reciente, ya que la toma en consideración del problema por los poderes públicos, no es anterior a los años 60. Pero ella se hizo, como la precedente, en el sentido de una vuelta al derecho común. El distrito de París, creado en 1959, transformado en 1961 en *Distrito de la Región Parisina,* era un establecimiento público llamado a ejercer una tarea de coordinación. En 1964, un nueva división de los departamentos circundantes a París, tuvo como fin, solucionar la subadministración de las afueras. Un decreto de 1966 extendió la reforma regional realizada en 1964 para el resto de Francia (*supra,* Nº 347) a la región parisina, que se añadía de esta forma a las 21 regiones ya creadas; el Distrito se convertía, bajo la autoridad del prefecto de la región, en el instrumento de estudio y de realización de la política regional.

El acoplamiento al derecho común es más claro a partir de la ley del 6 de mayo de 1976, gemela de la ley del 31 de diciembre de 1975, que reforma el régimen de París: la *región de Ile de France,* bajo este nuevo nombre, es un establecimiento público cuyos órganos y atribuciones son similares a aquellos previstos por la ley de 1972 (*supra,* Nº 425) para las otras regiones. La reforma conllevó la supresión del Distrito, cuyos órganos-consejo, compuesto de elegidos y el comité económico y social, junto al prefecto de región, habrían producido una dualidad de empleos en la región.

428. — B. **Las colectividades de la región parisina.** 1º La región parisina comprendía tradicionalmente:

a) La ciudad de París; b) el departamento del Sena, que englobaba, junto con París, las comunas de los alrededores cercanos; c) el departamento de Sena y Oise (Seine-et-Oise) de Sena-Foise y una parte del Sena y Marne (Seine-et-Marne).

Estos dos departamentos, y las comunas que los componen, estaban en principio sometidos al derecho común. Por el contrario, París y Sena obedecían a un régimen propio, que se caracterizaba por una centralización acusada, y por una confusión parcial de su administración, París elegía un *Concejo Municipal*, cuyas competencias estaban limitativamente enumeradas; su presidente, elegido, no tenía, aparte de la presidencia de las sesiones, sino un rol representativo. *El Consejo General del Sena*, que comprendía a los concejales municipales de París, más los elegidos de los sectores suburbanos, ejercía su competencia sobre el conjunto del departamento, incluido París.

Las funciones de ejecución estaban compartidas, tanto respecto de las decisiones del Consejo general del Sena, como las del Concejo Municipal de París, entre dos representantes del Estado, el *prefecto del Sena* investido por París, del conjunto de las funciones administrativas anteriormente atribuidas al alcalde, salvo la policía, y el prefecto de París, ejerciendo éste en París, el conjunto de poderes de policía de los alcaldes, y en las comunas del Sena, la policía del mantenimiento del orden, conservando los alcaldes de estas comunas las otras atribuciones de policía.

2º La ley del 10 de julio de 1964:

a) Suprime los departamentos del Sena y del Sena y Oise.

b) Reparte sus territorios entre seis departamentos nuevos (Hauts de Seine, Seine Saint Dénis, Val-de-Marne, Essone, Yvelines y Val-d'Oise), sometidos al derecho común, tal como fue descrito (*supra*, Nº 405 y s.).

c) Hace de la ciudad de París, que cesa de estar incluida en un departamento, "una colectividad territorial con régimen particular", acumulando competencias comunales y departamentales,

ejercidas por el *Consejo de París*, que sucede al Concejo Municipal y al Consejo General del Sena, el *Prefecto de París* (antiguo prefecto del Sena) y el prefecto de policía.

3º La ley del 31 de diciembre de 1975, que modifica esta última solución, instaura, sobre el territorio parisino, dos colectividades territoriales jurídicamente distintas, aunque administradas por la misma asamblea elegida: *la comuna de París* y *el departamento de París*.

4º Estas son las colectividades —París y los seis nuevos departamentos a los que se suma la Seine-et-Marne, que la reforma de 1964 dejó subsistir— y que forman la *región denominada Ile de France*.

En este conjunto, solamente los regímenes de París y de la región, presentan, en relación al derecho común, ciertas particularidades.

429. — C. **El régimen de París.** La sumisión al derecho común es el principio establecido por la ley del 31 de diciembre de 1975, tanto para la comuna de París como para el departamento de París, regidos respectivamente, por el Código de Comunas y por la ley del 10 de agosto de 1871. Una primera derogación, derivada de la identidad territorial de las dos colectividades, concierne a su amable deliberante: ella es única; el Consejo de París juega un roble rol: de un Concejo Municipal y de un Consejo General. Un segundo grupo de derogaciones recae sobre el ejecutivo comunal. Finalmente, la administración de cada uno de los 20 distritos de París ha sido ampliamente modificada.

1º *El Consejo de París.* Sus 109 miembros son elegidos por el distrito o grupo de distritos, según el sistema analizado (*supra*, Nº 382, 2º). Si bien puede, como los Concejos Municipales, ser disuelto por decreto motivado, dictado en Consejo de Ministros, no puede por el contrario ser objeto de una medida de suspensión, como los consejos generales. Elabora su reglamento interno. El derecho común se aplica al régimen de sus sesiones, y sobre todo de sus competencias, aunque la distinción, en el caso de París, entre los "asuntos de la comuna", los de los departamentos y aquellos que revisten una importancia nacional y que competen al Estado, pueden plantear problemas difíciles.

2º *El ejecutivo de París:* a) La institución de un *alcalde de París,* es la novedad esencial de la ley. El terror de ver al alcalde de París adquirir un peso político peligroso para las autoridades nacionales, ha detenido por largo tiempo la reforma.

La amplitud de los conflictos que dio lugar a la conquista de la Alcaldía de París, en las elecciones municipales de marzo de 1977, confirma el alcance político, más allá de su significación administrativa, del nuevo régimen.

El alcalde es elegido por el Consejo de París, según el derecho común. Está asistido por 18 adjuntos, a los cuales pueden añadirse 9 adjuntos suplementarios. A las atribuciones normales de un alcalde, se agrega la presidencia del Consejo de París cuando éste ejerce sus competencias departamentales. Por el contrario, está privado de la casi totalidad de los poderes de policía.

b) La reforma permite subsistir al *Prefecto de policía,* el cual conserva íntegramente sus competencias anteriores: la policía permanece en París como un asunto de Estado. Para las cuestiones relacionadas con su competencia, el Prefecto de Policía tiene acceso al Consejo de París y puede tomar la palabra. El ejecuta las decisiones que le conciernen.

c) *El Prefecto de París* subsiste, igualmente, pero pierde sus atribuciones anteriores relativas a la administración municipal, en adelante ejercidas por el Alcalde. Este cumple, junto al Consejo, cuando éste ejerce sus competencias departamentales, el rol de los prefectos frente a los consejos generales. Es, además, prefecto de la Región de Ile de France (*infra,* Nº 430).

3º Para solucionar el gigantismo de París, que convierte en teórico el contacto entre la población y sus elegidos, la ley se esfuerza en instaurar, en los 20 distritos, un embrión de representación. Los alcaldes de distrito, cuyo título hubiera podido atenuar el esplendor del título "Alcalde de París", fueron suprimidos. Las funciones de estado civil que ellos ejercían anteriormente son confiadas a "oficiales municipales" nombrados por el alcalde de París, que puede también delegar esas funciones en los Consejeros de París elegidos en el distrito. Pero sobre todo, la ley prevé la creación, en cada distrito, de una *Comisión de distrito,* integrada por consejeros, oficiales municipales y personalidades representativas de las actividades del distrito elegidas por el Consejo de París. La comisión, pu-

ramente consultiva, puede ser requerida, para opinar, por el alcalde o el Consejo. Ella los "asiste" en la animación de la vida local. Estas son atribuciones modestas, pero el futuro podrá desarrollar.

4º La ley, y los numerosos decretos que han exigido su aplicación, regula los difíciles problemas surgidos del paso del antiguo régimen al nuevo, en lo que concierne:

- las finanzas: los dos presupuestos de la comuna y del departamento, a los cuales se añade un presupuesto especial para la prefectura de la policía, son votadas de manera distinta por el Consejo de París;

- los inmuebles: un decreto determina aquellos que irán al departamento, los otros quedan a la comuna;

- el personal: la necesidad de respetar los derechos adquiridos ha hecho descartar, en lo que les concierne, la aplicación del derecho común de los agentes comunales. El personal es repartido entre las dos colectividades.

430. — D. **La administración regional.** La región de Ile de France (ley del 6 de mayo de 1976) presenta la misma dualidad que las otras regiones: *circunscripción* para la administración del Estado desde el decreto del 10 de agosto de 1966, a su cabeza un *prefecto de región* asistido por una conferencia administrativa regional (*supra,* Nº 372 y s.), ella constituye también, desde la ley del 6 de mayo de 1976, un *establecimiento público* dotado de órganos y de competencias que repiten lo que la ley del 5 de julio de 1972 ha instituido para el resto del país (*supra,* Nº 425 y s.). Pero, como para la ciudad de París, las particularidades de la región parisina, y también la existencia anterior del Distrito, al cual el nuevo establecimiento público sustituye, han impuesto ciertas derogaciones al derecho común regional.

1º *Los órganos de la región.* De nuevo encontramos una asamblea deliberante, el consejo regional, una asamblea consultiva, el comité económico y social, y un órgano ejecutivo, el prefecto de región.

a) *El consejo regional* (Decreto del 13 de mayo de 1976). Su composición (164 miembros) se inspira en la de los otros consejos regionales (*supra* Nº 425): parlamentarios y electos de las co-

lectividades locales. Pero no era posible, dado el gran número de diputados y de senadores de la región, hacerlos sesionar todos en el consejo, ya que se corría el riesgo de tener una asamblea muy lenta. De ahí que diputados y senadores de la región se integran en dos colegios distintos para elegir entre ellos, respectivamente, 33 diputados y 27 senadores, con representación proporcional. Para la representación de las colectividades, el Consejo de París elige 30 de sus miembros, cada uno de los consejos generales de los 7 departamentos de la región eligen 6, por último, un colegio de alcaldes designa, en cada departamento, 6 representantes de las comunas entre los miembros de los concejos municipales.

Las reglas de funcionamiento del consejo son las impuestas por la ley del 5 de julio de 1972; sin embargo, éste no puede elegir como presidente ni al alcalde de París, ni a un miembro del gobierno.

b) *El comité económico y social* (ley del 21 de mayo de 1976) está formado por 80 representantes de organismos y actividades económicas, sociales, profesionales, familiares, educativas, científicas, culturales y deportivas de la región.

La proporción de los representantes, su forma de designación, y las reglas de funcionamiento del comité, son aquellas que han sido analizadas (*supra*, Nº 425, 2º).

c) *El prefecto de la región,* prepara las deliberaciones del consejo y ejecuta sus decisiones. Sus funciones se acumulan con las del prefecto de París (Decreto del 16 de marzo de 1977).

2º *Las atribuciones de la región.* Las atribuciones que la ley de 1972 confiere a las otras regiones (*supra*, Nº 426) constituyen la base del régimen. Pero han sido un poco ampliadas. Esta ampliación no tiene que ver con que la misión de la región sobrepase al desarrollo económico y social para extenderse al "desarrollo cultural": esta atribución figuraba en el proyecto que se convirtió en la ley de 1972, y sólo una casualidad la ha hecho desaparecer. De manera más precisa:

a) En dos campos de particular importancia en Ile de France —las áreas verdes, la circulación y transporte de viajeros—, la región "define la política regional", lo que implica un poder de decisión y "asegura la puesta en marcha", por medio de un establecimiento público regional, la *Agencia de áreas verdes de*

la región de Ile de France (Decreto del 2 de octubre de 1976), todo lo que concierne a las áreas verdes.

b) La región está encargada de coordinar las inversiones de interés regional realizadas por los establecimientos públicos y las sociedades de economía mixta, cuya lista ha sido establecida por el decreto del 22 de noviembre de 1976.

c) En materia de equipamiento colectivo, ella puede, a diferencia de otras regiones, incluso con la oposición de las colectividades locales interesadas, tomarlas ella misma a su cargo, si media autorización dada por decreto dictado en Consejo de Estado. Ella conserva, en estos casos, la propiedad de los inmuebles adquiridos por medio de estas inversiones.

3º *Los medios de acción de la región.* Sus recursos comprenden, además de aquellos previstos para las otras regiones (*supra*, Nº 426, 3º), los que el Distrito percibía anteriormente. Ella ha sido autorizada (Decreto del 3 de octubre de 1976) para practicar la cooperación interregional en las condiciones analizadas (*supra*, Nº 426, 4º).

TERCERA PARTE

LAS FORMAS DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

431. — Visión de conjunto. La acción de la administración tiene como finalidad satisfacer las necesidades de interés general.

Con este fin, ella realiza tradicionalmente, dos actividades esenciales: la *policía* y el *servicio público.*

El interés general exige, para comenzar, que las libres iniciativas de los particulares no lleguen hasta comprometer el orden, condición de toda vida social. Corresponde por tanto al Estado, imponerles las disciplinas indispensables; a este fin, corresponde el ejercicio de la *policía administrativa.*

Mediante el *servicio público,* la autoridad pública toma directamente a su cargo la satisfacción de una necesidad de interés general, asegurándole, sea a la colectividad, sea a los particulares individualmente, las prestaciones o ventajas correspondientes.

Esta distinción continúa siendo fundamentalmente exacta. La policía, que da a la actividad privada su ámbito y sus límites, y el servicio público, en el que es la persona pública la que se encarga de procurar a los particulares, lo que la actividad privada está imposibilitada de proveerles, son las dos modalidades esenciales, y bien distintas, de la acción administrativa. En el primer caso, ella se ejerce principalmente por la vía de las *prescripciones* generales o individuales; en el segundo caso, ella toma la forma de un *gestión.*

432. — Evolución. Sin embargo, la distinción tradicional debe ser completada y matizada. Ella no tiene en cuenta, en efecto,

la existencia de un sector, cada vez más vasto con los años, en el que el interés general se encuentra comprometido sin que, por ello, el procedimiento del servicio público aparezca como necesario.

1º Se trata para comenzar de ciertas actividades privadas, cuyo desarrollo es particularmente útil a la colectividad, desde el punto de vista social, económico o cultural. La administración respeta su autonomía, pero viene en su ayuda y colabora con ellas, de manera de permitirles realizar sus cometidos. Esta *colaboración,* que está acompañada normalmente de un cierto *control,* reviste formas múltiples. Ella constituye un aspecto muy importante de la acción administrativa. Es el sector de *actividades* y de empresas privadas de interés general.

2º Por otra parte, la autoridad pública puede estimar que es útil sustraer a la acción de los particulares una empresa o rama de actividad, para asegurar ella misma su gestión, sin convertirla necesariamente en objeto de un servicio público. Crea entonces una *empresa pública* a la cual confía esta gestión, pero no siempre la actividad correspondiente adquiere, por ello, los caracteres del servicio público. Se califica, a veces, estas formas de intervención como *actividades públicas de interés general* (*cf.* Latournerie, *EDCE,* Nº 14, p. 146 s.).

3º De lo que precede resulta que, en el estudio de las actividades de la administración, hay que distinguir claramente el punto de vista material (*¿en qué consiste la actividad considerada?*) y el punto de vista orgánico (*¿cuál es el carácter de los órganos que asumen esta actividad?*). En efecto:

a) Organos de una misma naturaleza pueden asumir actividades diferentes: algunas empresas públicas asumen la gestión de un servicio público (ej.: Electricité de France), otras no (ej.: la Régie Renault); igualmente, una empresa de economía mixta, en la que se encuentran asociados personas públicas y capitalistas privados, puede corresponder, sea a la gestión de un servicio público (SNCF), sea a una ayuda aportada por la autoridad pública a una actividad privada de interés general (ej.: las numerosas empresas de economía mixta en materia de investigación y explotación del petróleo).

b) Simétricamente, actividades de una misma naturaleza pueden ser ejercidas por órganos diferentes: el servicio público, normalmente confiado a organismos públicos, puede serlo también a personas privadas o a empresas de economía mixta. Con la única excepción de la actividad de la policía que no puede ser dejada a personas privadas.

Para ordenar este conjunto complejo, se estudiará, en dos títulos distintos, por una parte, las *actividades de la administración y su régimen jurídico,* y por otra parte, *los órganos por los cuales se ejerce la gestión de estas actividades.*

TITULO I

LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Se estudiará sucesivamente la policía (Capítulo I), las reglas generales del servicio público (Capítulo II) y la ayuda de las personas públicas a las actividades privadas de interés general (Capítulo III).

CAPITULO I

La policía administrativa

433. — Definición.[1] La libre actividad de los particulares, en una sociedad organizada, tiene necesariamente límites, que corresponde trazar a la potestad pública. Esta lo hace definiendo, por la ley, las garantías fundamentales acordadas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades. Pero corresponde al Poder Ejecutivo precisar y completar estas prescripciones esenciales, asegurar la aplicación concreta, y más generalmente, prevenir los desórdenes de toda naturaleza. Se entiende por *policía administrativa el conjunto de intervenciones de la administración que tienden a imponer a la libre acción de los particulares la disciplina exigida por la vida en sociedad*, en el marco tratado por el legislador.

Es necesario precisar tres puntos:

1º Se encuentra de nuevo, en materia de policía, la distinción entre el punto de vista material y el punto de vista orgánico: si la palabra *policía* designa esencialmente, como se acaba de ver, *una forma de acción*, el lenguaje corriente la utiliza más voluntariamente para designar *el conjunto de personal encargado de esta acción*, y que constituyen, en sentido orgánico, el servicio público de policía. Es necesario comprender bien, que si la policía, en tanto que actividad, es bien distinta de la actividad de servicio público (*supra*, Nº 431), existe, sin embargo, un servicio público de policía, es decir, una organización encargada de esta actividad.

2º Policía y Servicio público se asemejan en otros aspectos: la policía, en efecto, puede ser conducida a brindar servicios a los

[1] Teitgen: *La police municipale*, tesis, Nancy, 1934 (La obra a pesar de su objeto particular, da una visión general sobre la materia). Papanicolaidis: *Introduction ˙ la théorie de la police administrative*, 1960.

particulares (por ejemplo: auxilio en caso de siniestros); además se puede considerar el mantenimiento del orden como formando parte de una definición amplia de la "misión de servicio público". A pesar de estas semejanzas, los dos modos de acción son distintos.

3º La policía se dirige normalmente a los comportamientos *privados*. Sin embargo, los agentes de la administración se encuentran sometidos a algunas de sus prescripciones: El Código de carreteras (*Code de la Route*), que se aplica por ejemplo, normalmente a los vehículos administrativos.

§ 1. Los objetivos de la policía administrativa

La policía administrativa tiene como objetivo *prevenir los atentados al orden público*.

Esta fórmula exige dos series de precisiones, referentes en primer lugar, al carácter *preventivo* de la policía *administrativa*, que la distingue de la policía *judicial*,[2] y luego al contenido concreto de la noción de *orden público*.

434. — A. Carácter preventivo de la policía administrativa. La distinción de la policía administrativa y de la policía judicial tiene un alcance práctico esencial: una incumbe al poder ejecutivo, y su contencioso depende de la jursdicción administrativa; la otra depende del poder judicial, único competente para los litigios que se refieren a su ejercicio. Es por su fin que se distinguen: preventiva, la policía administrativa tiende a evitar que un problema suceda o que se agrave. La policía judicial, esencialmente orientada hacia la *represión penal*, interviene cuando una infracción ha sido cometida: ella tiene como rol el constatarla, identificar a los autores, y reunir las pruebas, a fin de permitir la acción de la jurisdicción penal (*cf*. sobre la distinción: T.C., 7 de junio de 1951, *Nonalek*, *Rec*., p. 636; C.E., 24 de junio de 1960, *Le Monde*, *supra*. Nº 262; 8 de marzo de 1963, *Masetti*, *R.D.P.*, 1963, p. 297).

No dede entenderse en un sentido demasiado estricto las dos ideas de prevención y de represión. La policía judicial no tiene una misión directamente represiva; ella se limita a preparar la repre-

---

[2] Moreau: "Police administrative et police judiciaire", *A.J.*, 1963, p. 68.

sión por el juez penal. En cuanto a la policía administrativa, su acción se desarrolla después que se manifiestan los desórdenes que ella está llamada a prevenir, para restablecer el orden.

En la práctica, la distinción es a veces delicada, en razón, en primer lugar, de una cierta *identidad de personal*. Las autoridades encargadas de la policía administrativa participan, a veces, en el ejercicio de la policía judicial: es el caso del prefecto (*supra,* Nº 368) y del alcalde. Sobre todo, el personal de ejecución es ampliamente común; los comisarios y agentes de policía, los gendarmes acumulan atribuciones que dependen de las dos policías; hay que precisar, para cada uno de sus actos, con cuál se vincula.

Ahora bien, en realidad, a veces están estrechamente ligadas: por ejemplo, el agente que dirige la circulación, si interrumpe su acción para aplicar una contravención, pasa de la policía administrativa a la policía judicial; igualmente ocurre con la policía de carreteras, cuando socorre a un automovilista en dificultad, o proceda a levantar un accidente.[3]

435. — B. **El orden público.** Hay que cuidarse de no confundir el sentido dado a esta fórmula por el artículo 6 del Código Civil ("Las leyes que interesan al orden público no pueden derogarse por convenciones particulares"), y su sentido en materia de policía administrativa: las palabras son idénticas, pero se trata de dos cosas sin ninguna relación.[4] El orden público que la policía tiende a segurar se define:

1º Por su carácter principalmente *material*. Se trata de evitar los desórdenes visibles. En los regímenes liberales, distintos por ello a los regímenes totalitarios, el orden en el espíritu y en las costumbres no depende de la policía; solamente justifican su intervención las manifestaciones exteriores del desorden. La inmoralidad, principalmente, no es en sí misma objeto de policía, en tanto que no esté en relación con desórdenes exteriores, ya sea directamente (caso de publicaciones propias a desarrollar la criminalidad, C.E., 29 de enero de 1937, *Sté Zed. D.* 1932, III, p. 8), ya sea, por el hecho de las reacciones que el escándalo puede suscitar. Sobre este

[3] Sobre las dificultades de la distinción, C.E., 10 de marzo de 1978, *Société "Le profil"*, conclusiones Labetoulle, *A.J* 1978 p 452 y las observaciones, p. 444.

[4] Punto de vista contrario, Bernard: *La notion d'ordre public en droit administratif*, 1962.

punto, sin embargo, se ha producido una evolución en materia de filmes o películas cinematográficas: el Consejo de Estado admite la legalidad de la prohibición de una película por el alcalde, basado en su carácter inmoral, incluso, si la proyección no es susceptible de provocar disturbios materiales (C.E., 18 de diciembre de 1959, *Soc. des films Lutetia, Gr. Ar.*, p. 489), pero a condición de que la medida sea justificada, al mismo tiempo, por "circunstancias locales" (C.E., 19 de abril de 1963, *J.C.P.*, 1963, Nº 13.237).

2º Por su carácter *público*. La policía respeta no solamente el fuero interno, sino además el domicilio privado, salvo en la medida en que las actividades que se desarrollen en él, desborden al exterior (reglamentación del ruido debido a aparatos de radio, higiene de los inmuebles).

3º Por su carácter *limitado*. Según las indicaciones dadas por el artículo L. 131-2 C. Comunas, que retoma la fórmula tradicional de la ley del 5 de abril de 1884, los elementos del orden público se reducen a tres ideas: a la *tranquilidad*, que se vinculan con el mantenimiento del orden en la calle, en los lugares públicos, la lucha contra el ruido, etc.; a la *seguridad*, la prevención de accidentes y de *tragedias* (*fléaux*) humanas y naturales, incendios, inundaciones, complots armados, etc.; a la *salubridad*, la salvaguarda de la higiene: control de la salubridad de las aguas, de alimentos, prevención de las epidemias, lucha contra la contaminación, etc. En principio, el poder de policía no puede ejercerse fuera de estos tres órdenes de ideas. Vamos a ver, sin embargo que, en el caso particular de las policías especiales, a la noción de orden público puede dársele un contenido más amplio.

§ 2. Los procedimientos de policía

436. — A. Policía general y policías especiales. Cuando una autoridad es responsable del mantenimiento del orden público, tal como acaba de ser definido, sobre un cierto territorio, ella dispone *ipso facto*, de un conjunto de competencias y de medios de acción: es la *policía general*. Pero además, algunos textos prevén, con el propósito de evitar desórdenes en un campo bien definido, medios más precisos, técnicamente adaptados a ese campo, y en general, más rigurosos: son las *policías especiales*, que se aplican,

ya sea a una categoría particular de individuos (policía de extranjeros, policías de nómadas), ya sea a una rama de actividad (policía de la caza, policía de los edificios que amenazan ruina, de establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres, etc.). Algunas policías especiales se distinguen, además, de la policía general por su fin, que desborda la definición tradicional del orden público: es el caso de las policías con fin estético o cultural (protección de sitios, monumentos históricos); pero tales fines, y principalmente la salvaguarda de la estética, permanecen prohibidos a las autoridades de policía general (C.E., 18 de febrero de 1972, *Chambre syndicale du Bâtiment de la Haute Garonne, A. J.*, 1972, p. 250).

437. — B. Los procedimientos de la policía general. Esta se ejerce por tres vías:

1º La *reglamentación*. La autoridad de policía, por el poder reglamentario, puede imponer a todos, disposiciones generales restrictivas de libertad, y penalmente sancionadas. Es esta existencia de la sanción penal la que da al reglamento de policía, su carácter propio.

2º Las *decisiones particulares*. Normalmente fundadas sobre una regla general, éstas son múltiples: autorizaciones, prohibiciones (de una manifestación, de una reunión), órdenes (orden de dispersarse a unos manifestantes). En general son escritas, pero pueden ser también verbales, o incluso, reducirse a un gesto (el garrote del agente prohibiendo el paso), o una señal mecánica (la luz roja).

3º La *coerción*. La autoridad de policía puede desencadenar la fuerza material para prevenir o hacer cesar un desorden; la acción de oficio (*supra*, Nº 100), la ejecución forzada, encuentran en materia de policía, su principal campo de aplicación. Las medidas más graves (empleo de armas, participación del ejército en el mantenimiento del orden) son objeto de una reglamentación precisa.

§ 3. La ordenación del poder de policía

438. — A. Principios. 1º Es necesario distinguir, en primer lugar, las *autoridades de policía*, únicas competentes para dictar los reglamentos de policía y las principales medidas particulares,

responsables del mantenimiento del orden, y en segundo lugar, *el personal de policía,* órganos de ejecución; éstos comprenden personal permanente, sea civiles (compañías republicanas de seguridad), sea militares (la gendarmería) (guardia nacional); eventualmente, el ejército puede ser llamado a cooperar en el mantenimiento del orden. El conjunto de servicios civiles de la policía de Estado ha sido reorganizado en un sentido unificador por una ley del 9 de julio de 1966.

2º Las autoridades de policía pueden acumular las competencias que se acaba de indicar, y la dirección del personal de policía. Pero esto no es siempre así; algunos alcaldes, por ejemplo, no tienen autoridad sobre el personal de policía, aunque dicten en su comuna, los reglamentos y las decisiones individuales de policía.

3º Desde el punto de vista territorial, las competencias de policía están repartidas entre el Estado y la Comuna. El Estado asegura el mantenimiento del orden sobre el conjunto del territorio (policía de Estado). Deja a la autoridad descentralizada el cuidado de dictar las medidas particulares correspondientes a las circunstancias locales (policía municipal). Esta repartición, sin embargo, no es rigurosa por varias razones:

a) Para el ejercicio de algunas ramas de la policía municipal, el alcalde es a menudo sustituido por el prefecto de manera permanente. El prefecto puede, además, incluso, en las materias que permanecen en la competencia normal del alcalde, sustituirlo en caso de necesidad.

b) A la inversa, el alcalde puede ser llamado a participar, bajo la autoridad del prefecto, en el ejercicio de la policía de Estado.

c) El personal encargado de la policía municipal es, en un gran número de comunas, un personal del Estado, bajo la autoridad del prefecto.

439. — B. **Las diversas autoridades de policía.** En la práctica, la aplicación de estos principios conlleva a las siguientes soluciones:

1º El *Primer Ministro* dicta los reglamentos de policía, aplicables al conjunto del territorio nacional. Este poder ha sido con-

sagrado por el Consejo de Estado (en beneficio del Presidente de la República, bajo la Constitución de 1875), en la ocasión de la elaboración del primer Código de la ruta (8 de agosto de 1919, *Labonne, Gr., Ar.,* p. 160).

2º El *Ministro del Interior* no tiene competencias propias en materia de policía; pero el personal de la policía de Estado están bajo su autoridad por intermedio de la dirección de seguridad nacional. Además, en tanto, que superior jerárquico de los prefectos, él puede darles instrucciones para el ejercicio de sus competencias de policía.

3º Los *prefectos,* o los prefectos delegados de policía allí donde han sido instituidos (*supra,* Nº 368), son responsables del mantenimiento del orden en el departamento. El personal de la policía del Estado, en servicio en el departamento, está bajo su autoridad. También son responsables de la policía del tránsito fuera de las aglomeraciones. Además:

a) Ellos sustituyen a los alcaldes para asegurar el mantenimiento del orden, en sentido estricto, en todas las comunas de más de 10.000 habitantes y en las comunas menos importantes comprendidas en algunas de las grandes aglomeraciones; en las otras comunas, el régimen de policía del Estado puede ser establecido, ya sea, en base a la demanda o con el acuerdo del concejo municipal, o por resolución de los ministros del Interior y de Finanzas, o por decreto en Consejo de Estado (ley del 27 de diciembre de 1974, artículo 21). El artículo L. 132-3 C. Comunas, precisa la repartición de materias que, en las comunas donde se ha instituido la policía del Estado, se establece entre el alcalde y el prefecto.

b) Ellos pueden, cuando el orden esta amenazado en dos o más comunas limítrofes, sustituir a los alcaldes para darle mayor coherencia a la acción preventiva.

c) Pueden, en caso de ausencia de los alcaldes, adoptar, para todas las comunas o varias de ellas, medidas en materia de salubridad, seguridad y tranquilidad.

d) Ellos disponen, en cada comuna, y en todas las materias, de un poder general de sustitución cuando el alcalde, requerida su actuación, se niega a dictar las medidas necesarias.

e) En fin, la mayoría de las policías especiales, en virtud de los textos que las organizan, están bajo su autoridad. En caso de desórdenes susceptibles de extenderse a varios departamentos, la responsabilidad del mantenimiento del orden pasa a los prefectos de región investidos de las funciones ejercidas anteriormente por los *inspectores generales de la administración en misión extraordinaria* (*supra*, Nº 372).

4º El *alcalde*[5] colabora en el ejercicio de la policía del Estado asegurando la ejecución de medidas de seguridad general. Sobre todo está encargado de la policía municipal. En las comunas en que la policía del Estado no ha sido instituida, su competencia se extiende a los elementos de esta policía; además, el personal de la policía es un personal comunal bajo su autoridad; pero el alcalde permanece sometido a la vigilancia del prefecto, y a su poder de sustitución. En las comunas en que la policía ha sido "estatizada" (comunas de más de 10.000 habitantes, algunas aglomeraciones formadas por varias comunas, etc), no es competente sino en materia de tranquilidad y de salubridad, el mantenimiento del orden en sentido estricto depende del prefecto, y el personal de policía es un personal del Estado que escapa a su autoridad. Sobre la parte no urbana del territorio comunal, está encargado de la *policía rural.*[6]

440. — C. La concurrencia de competencias de policía. De lo que precede, resulta que varias autoridades de policía pueden ser llamadas a ejercerse concurrentemente sobre un mismo territorio. Toda comuna está incluida en un departamento y en el Estado; las decisiones del alcalde, la del prefecto, y las del Primer Ministro, van entonces a aplicarse; ¿cómo evitar que se produzcan contradicciones o incertidumbres de esta superposición de autoridades? El mismo problema se plantea por la superposición de la policía general a las policías especiales.[7] En principio, la intervención sobre un determinado objeto de la autoridad superior, no priva a la

---

[5] Singer: *Le maire et ses pouvoirs de police*, 1960.

[6] El proyecto de ley sobre las colectividades locales otorga a las comunas el derecho de obtener la estatización de la policía por pedido del concejo municipal cuando su cuerpo de policía cumple ciertas condiciones. Clarifica, además, la división de competencias de policía entre el alcalde y el prefecto cuando la policía es estatizada.

[7] Leroy: *Le concours des polices générales et des polices spéciales*, tesis. Lille, 1938.

autoridad inferior del derecho de intervenir sobre ese mismo objeto: el Código de carreteras, reglamento de policía nacional, no constituye un obstáculo a la reglamentación por el alcalde de la circulación en la comuna. Sin embargo, la autoridad inferior no puede dictar disposiciones contrarias a la reglamentación general, ni dispensar su aplicación localmente. Ella sólo puede sobreponer, a las medidas generales, las medidas complementarias adaptadas a las necesidades locales (C.E., 7 de junio de 1902, *Maire de Neris-les-Bains, Gr. Ar.*, p. 44). Esto puede conducir hasta prohibir localmente lo que está autorizado para el conjunto del territorio, por ejemplo, la proyección de un film provisto de su visa de censura (policía especial nacional) si esta proyección, habida cuenta de las circunstancias, puede provocar desórdenes en una comuna (policía general local).[8]

§ 4. Los límites del poder de policía

441. — A. Principio de legalidad y poder de policía. Como toda acción de la administración, el ejercicio del poder de policía está sometido al principio de legalidad y al control jurisdiccional. En la práctica, es el Consejo de Estado quien, a partir de textos bastante ambiguos, ha establecido las reglas jurisprudenciales que definen las exigencias de la legalidad en materia de policía.

1º La extensión de los poderes de policía, varía según que se apliquen a una libertad garantizada por la ley, la cual *define* las condiciones de su ejercicio (por ejemplo: libertad de prensa, de culto, de asociación), o a las múltiples formas que puede revestir la actividad de los individuos. Estos poderes son más restringidos, respecto de las *libertades "definidas"* la autoridad de policía no puede, sobre todo, someter su ejercicio a un régimen de autorización, ni siquiera de declaración previa (*cf.* sobre una decisión que somete a autorización previa del alcalde, el ejercicio de la profesión de fotógrafo-filmador (C.E., 22 de junio de 1951, *Daudignac, Gr. Ar.*, p. 364). La distinción era particularmente neta en la jurisprudencia relativa a las manifestaciones religiosas que se realizan en el exterior; aquellas que por su carácter tradicional, se vinculan con el

---

[8] *Cf.* Weill: notas en el *Recueil Dalloz*, 1956, p. 13 y en el *Recueil Dalloz*, 1960, p. 171.

ejercicio del culto, garantizado por la ley, no pueden ser prohibidas sino en caso de amenaza grave al orden público (C.E., 19 de febrero de 1909, *Abbé Olivier, Gr. Ar.*, p. 86, para los entierros religiosos); las manifestaciones no tradicionales, por el hecho de no ser inherentes a la libertad de culto, pueden ser más estrictamente reglamentadas. Esta distinción por cierto ha sido trasladada al conjunto de manifestaciones sobre la vía pública por un decreto-ley del 23 de octubre de 1935.

2º Las exigencias de la legalidad son variables, *según las medidas consideradas*. En relación con algunas medidas dictadas por la policía del Estado, principalmente en materia de expulsión de extranjeros, éstas se definen por el *control minimum* (competencia, finalidad, error de derecho, exactitud material de los motivos), pero con el correctivo, que deriva del error manifiesto (*supra*, Nº 265). El control del fin perseguido por la desviación de poder, juega, en la materia un papel importante, y al igual, el principio de igualdad, que prohíbe las discriminaciones injustificadas. El juez extiende su control a la *calificación de los hechos* y la aplica al máximo, en lo que concierne principalmente al ejercicio de la policía municipal, para evitar las tiranías locales. En este caso, la legalidad llega a incluir una amplia parte de oportunidad; en efecto:

3º La orientación general que resulta de la jurisprudencia, deriva del principio liberal que ve en la libertad la regla, y en la intervención de policía, la excepción: una medida de policía no es *legal*, sino en la medida en que sea *necesaria* al mantenimiento del orden. Es lo que lleva al juez a examinar de cerca las circunstancias de hecho y a controlar la adecuación de las medidas tomadas a las circunstancias. De allí, la sospecha que acompaña *a priori, a las prohibiciones generales y absolutas*: el juez presume que se podría llegar al objetivo que se busca, con menor costo para la libertad. Es el carácter general del embargo de un periódico, realizado en todo el departamento de la Seine, siendo que el riesgo de desórdenes se limitaba al centro de París, lo que condujo al Tribunal de Conflicto a ver, en esta medida, una vía de hecho (T.C., 8 de abril de 1935, *Action Française, Gr. Ar.*, p. 230). De allí también, la toma en consideración de las *circunstancias*: el lugar (vía pública o domicilio privado), el momento (circunstancias excepcionales o urgentes, día o noche), los medios de que disponía la

autoridad para asegurar el orden, tienen una influencia directa sobre la legalidad: en el caso *Benjamín* (C.E., 19 de mayo de 1933, *Gr. Ar.*, p. 21), la prohibición por el alcalde de una conferencia, fue anulada por considerar el Consejo de Estado que si esta conferencia era de naturaleza a suscitar algunos desórdenes, éstos no eran tales para impedir que el orden no pudiera, de hecho, ser mantenido, teniendo en cuenta los efectivos de la policía local.

442. — B. Las formas del control jurisdiccional de la policía. Este control es ejercido:

1º Por el *juez administrativo*, bajo la doble forma del recurso por exceso de poder contra las decisiones individuales y reglamentarias, y de la aplicación de la responsabilidad por daños causados en el ejercicio del poder de policía. El recurso por exceso de poder, conlleva a la anulación de la medida ilegal, sanción eficaz respecto a los reglamentos, pero un poco platónica respecto a las medidas no permanentes, ya que interviene mucho tiempo después que la medida haya producido su efecto (ejemplo: prohibición de una reunión). Esta situación se agravó por la prohibición hecha a los tribunales administrativos de ordenar la suspensión de la ejecución de las decisiones que interesan al orden público. La jurisprudencia reciente ha felizmente atenuado las consecuencias de esta disposición (*supra*, Nº 223). En cuanto a la acción en responsabilidad, ella es dirigida, ya sea contra el Estado, ya sea contra la comuna, según la persona moral, en nombre de la cual el agente actuaba. Ya se ha señalado que para las faltas graves, la irresponsabilidad fue sustituida por un régimen de responsabilidad por faltas graves (C.E., 10 de febrero de 1905, *Tomaso Greco, Gr. Ar.*, p. 61) y un régimen de responsabilidad por riesgo en lo que concierne el empleo de armas de fuego (C.E., 24 de junio de 1949, *Lecomptc, Gr. Ar.*, p. 328).

2º El *juez civil*, a título de sus competencias generales en materia de falta personal y de vía de hecho, puede ser llamado a decidir, por la aplicación de la responsabilidad, en materia de policía.

3º El *juez represivo*, en virtud de la interpretación tradicional del artículo R. 26-15º, del Código Penal, que prevé las sanciones aplicables por "infracción de los reglamentos *legalmente* hechos",

aprecia la legalidad de los reglamentos de policía cuando el contraventor invoca, a título de excusa, la ilegalidad, y ello incluso después de la expiración del plazo del recurso por exceso de poder, sin limitación en el tiempo: de allí la importancia de este modo de protección contra la arbitrariedad.

443. — C. Extensiones excepcionales del poder de policía. Fuera de las extensiones que el juez autoriza sobre la base de las *circunstancias excepcionales* (*supra,* Nº 85 y ss.), el legislador ha previsto y organizado el reforzamiento de los poderes de policía en las dos hipótesis del *Estado de sitio* (ley del 9 de agosto de 1849, ley del 3 de abril de 1878); y del *Estado de urgencia* (ley del 3 de abril de 1955).

1º El *Estado de sitio* es decretado en Consejo de Ministros para todo o parte del territorio, en caso de peligro nacional; su prolongación más allá de 12 días no puede ser autorizada sino por el Parlamento (Const., 4 de octubre de 1958, artículo 36).

Su efecto es triple:

- *transferencia* de la autoridad civil a la autoridad militar de aquellos poderes de policía que esta última juzgue necesario ejercer ella misma;

- *extensión* de los poderes de la autoridad de policía, pues la ley la autoriza a adoptar diversas medidas que le están normalmente prohibidas (requisiciones de día y de noche, alejamiento de algunos individuos, entrega de armas, prohibición de reuniones y publicaciones susceptibles de perturbar el orden);

- transferencia a los *tribunales militares* de la represión de los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado, que depende normalmente de la jurisdicción judicial.

2º El *Estado de urgencia*[9] puede ser declarado, ya sea en caso de atentado grave al orden público, ya sea en caso de calamidades pública sobre todo o parte del territorio. La ley del 3 de abril de 1955 reservaba la declaración al legislador; un decreto del 15 de abril de 1960 la somete al mismo régimen que la declaración del Estado de sitio. El efecto *normal* del Estado de

[9] Drago: "L'état d'urgence et les libertés publiques", *R.D.P.,* 1955, p. 670.

urgencia es una *extensión de los poderes de policía,* en beneficio, ya sea del prefecto, o del Ministro del Interior (prohibición de toda circulación, alejamiento y confinamiento al domicilio de sospechosos, reglamentación de la estadía en ciertas zonas, cierre de lugares de reunión, entrega de armas), que se acompaña de ciertas garantías en lo que concierne principalmente al confinamiento en el domicilio (ley del 3 de abril de 1955, artículos 6 y 7). Además el texto que declara el estado de urgencia, dadas ciertas circunstancias, puede autorizar las requisiciones de día y de noche, y el control de la prensa, de emisiones y de espectáculos; puede igualmente transferir a los tribunales militares la competencia de las jurisdicciones represivas para ciertos crímenes y delitos.

3º A estos dos casos de extensión de los poderes de policía, hay que añadir la aplicación del artículo 16 de la Constitución, relativo a los *poderes excepcionales del Presidente de la República* en las hipótesis a que se refiere ese texto. Estos poderes, así como se ha visto (*supra,* Nº 63 y ss.), sobrepasan ampliamente el dominio de la policía, ya que pueden extenderse a todas las medidas exigidas por las circunstancias; pero se refieren, en primer lugar, a esta materia, y autorizan la suspensión de todas las libertades públicas, mientras que estos poderes estén en vigor.

CAPITULO II

El servicio público: teoría general

444. — **Lugar del servicio público en la accion administrativa.** Este lugar es considerable. En la práctica, lo esencial de la acción administrativa consiste en asegurar el funcionamiento de los servicios públicos. En la jurisprudencia y la doctrina, es conocida la importancia de esta noción, durante largo tiempo considerada, a la vez, como fundamento de todas las particularidades del derecho administrativo y como criterio de competencia (*cf.*, *supra*, Nº 29 y ss., 159 y ss.). Son conocidas, igualmente, las incertidumbres que la noción ha despertado, y ello, en momentos, incluso, en que la jurisprudencia tiende a restituirle su rol anterior; de allí, la necesidad de precisar su definición, antes de determinar su alcance jurídico.[10]

Sección I. Definición

§ 1. Las diversas acepciones recibidas

445. — **A. Definición orgánica y definición material.** Por *servicio público,* doctrina y jurisprudencia entienden, se sabe, dos realidades diferentes.

En sentido concreto, u orgánico, la expresión designa a un *conjunto de agentes y de medios que una persona pública afecta a una misma tarea;* en este sentido, se habla de los "*servicios* exteriores de los ministerios", el administrado se queja, o alaba al servicio telefónico, al servicio de puentes y calzadas.

[10] Sobre el conjunto del capítulo *cf.* bibliografía citada, *supra*, p. 182, nota. 36 además: LOP, *Essai sur la notion de service public,* tesis, Grenoble, 1950; Cadart: "Les tribunaux judiciaire et la notion de service public", *Ann. Univ. Lyon,* 1954; L'Huillier: "Nouvelle réflexions sur le service public", *D.*, 1957, Chr., p. 71 y los dos artículos de M. M. Chapus y Amselek, *supra*, p. 37.

En el sentido material, o funcional, al que se refiere con mayor frecuencia actualmente la jurisprudencia, la expresión designa una *actividad de interés general que la administración ha de asumir;* en este sentido, la sentencia *Terrier* (*supra,* Nº 159) calificaba como servicio público la destrucción de víboras, aunque ningún órgano público estuviese especialmente encargado. La jurisprudencia reciente, en el mismo sentido, habla frecuentemente, de *misión de servicio público.*

446. — B. El servicio público, régimen jurídico. A estas dos acepciones, se añade, a veces, una tercera: "decir de una actividad que élla es un servicio público, es decir que está sometida al régimen del servicio público", escribe Chenot. El servicio público, en este sentido, define un *cierto régimen jurídico,* un conjunto de procedimientos derogatorios del derecho común.

447. — C. Las relaciones entre estas tres definiciones. En el marco del Estado liberal, las tres definiciones coincidían en una gran medida: las actividades de interés general estaban administradas por órganos públicos, bajo un régimen derogatorio del decho común.

Hoy en día esta coincidencia es mucho menos frecuente. Existen necesidades de interés general que la autoridad decide satisfacer, pero que no confía por ello, a órganos públicos. Es el caso de la *concesión de servicio público.* Es lo que ocurre también en materia de *organización profesional*: según la jurisprudencia *Monpeurt y Bouguen* (*infra,* Nº 513), la organización y la disciplina de la profesión constituyen un servicio público, sin que sea afirmado el carácter público de los órganos que tienen esta responsabilidad. Igualmente, la *Seguridad social* es un servicio público, pero las cajas (o asociaciones) encargadas de su gestión son organismos de derecho privado. Podrían multiplicarse los ejemplos.

A la inversa, algunos organismos públicos, como la Régie Renault, administran actividades idénticas a las de las empresas privadas similares, sin que se pueda calificar por ello, como misiones de servicio público, ya que ninguna particularidad distingue su régimen del régimen del sector privado.

Por estas dos vías, hay disociación entre el sentido orgánico y el sentido material. La disociación es igualmente frecuente entre

los dos primeros sentidos y el régimen jurídico de servicio público: las tareas de interés general asumidas por las empresas públicas en el orden económico están sometidas, en lo esencial, al derecho privado, la presencia de elementos propios del "régimen de servicio público" es excepcional en su funcionamiento.

448. — D. Consecuencias de esta disociación. 1º De ello resulta en primer lugar que, según el sentido en el que se entienda, la noción de servicio público es *más o menos extensiva*. En el sentido material de actividad de interés general, ella puede muy bien, si no se le precisa por la noción de *ejecutada por la administración*, alcanzar la mayoría de las actividades privadas (la agricultura, por ejemplo, responde a una necesidad de interés general). Es a esta extensión que corresponde la noción, a veces destacada, de *"servicio público virtual"*:[11] se entiende por ello, toda actividad, que teniendo un lazo con el interés general, es susceptible de verse aplicar, en caso de falla de la iniciativa privada, algunos elementos del régimen de servicio público. Es evidente que una noción como esa, puramente subjetiva, es demasiado vaga y demasiado arbitraria para que se le puede reconocer un valor jurídico cualquiera.

2º La disociación comporta otra consecuencia: ella reduce al mínimo el *contenido jurídico de la noción de servicio público*. Las formas por las cuales se realiza concretamente, hoy día, la voluntad de una persona pública de asegurar un servicio público, son tan variadas que de la sola afirmación que una actividad está erigida en servicio público, no se deducen sino muy pocos elementos en cuanto al régimen jurídico de esta actividad.

449. — E. Los elementos comunes. Los elementos comunes a todas las actividades de servicio público se reducen a dos ideas. La primera, que el servicio público corresponde a la satisfacción de *una necesidad de interés general*. La segunda, que el servicio público, directamente o indirectamente, depende en última instancia de una *autoridad pública*. De allí la *definición siguiente*:

[11] Laroque: *Les usagers des services publics industriels*, tesis, París, 1933; Chenot: conclusiones en C.E., 6 de febrero de 1948, *Sté Radio-Atlantique*, *R.D.P.*, 1948, p. 246.

El servicio público es una forma de la acción administrativa en la que una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general.

Se precisarán los dos elementos de esta definición.

§ 2. El servicio público y el interés general

450. — A. **El principio.** Crear un servicio público, es afirmar que el interés general estaría comprometido en caso de no satisfacción de la necesidad social correspondiente, y que la intervención de una persona pública es indispensable para atenderla.

Pero el interés general no está reducido a los servicios públicos solamente. Asimismo, un gran número de actividades privadas concurren poderosamente en la satisfacción de necesidades de interés general; pero en cierta forma, podría decirse que es, por añadidura: su finalidad es —salvo la excepción de las actividades desinteresadas— la satisfacción del interés personal del particular. Por el contrario, la *satisfacción del interés general es el fin exclusivo del servicio público.*

451. — B. Consecuencias. 1º El servicio público, contrariamente a la empresa privada, puede muy bien funcionar con *pérdidas*. Es, incluso, una de sus razones de ser: a él le incumbe satisfacer necesidades cuya no rentabilidad descarta la empresa privada. La persona pública solamente puede, mediante el impuesto, transferir al de la colectividad, el financiamiento del servicio.[12]

La *gratitud* es, pues, la regla para numerosos servicios (enseñanza, mantenimiento de la vialidad, salvo la excepción reciente de las autopistas con peaje, asistencia, etc.); incluso, en los casos en que se exija una contrapartida financiera al usuario, ésta puede ser inferior al precio de costo. Es únicamente en el caso del servicio industrial y comercial, que la naturaleza misma de la actividad asumida, excluye la gratuidad, y que la gestión tiende, como mínimo al equilibrio, incluso, hasta a un beneficio que permita el autofinanciamiento de la empresa. La tendencia más reciente pone,

[12] Hertzog: *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité du service public*, Th., Strasbourg, 1972.

por cierto, énfasis sobre esta idea de *rentabilidad* de la empresa, a riesgo de sacrificar, por este imperativo nuevo, la finalidad propia del servicio público.[13]

2º No se puede reconocer el carácter de servicio público a empresas públicas, que por su actividad, no concurren más directamente a la satisfacción del interés público que empresas privadas similares. Es la razón que ha hecho que tradicionalmente se niegue el carácter de servicio público a la gestión del dominio privado; igualmente, empresas públicas, tales como la Régie Renault, los bancos, y las sociedades de seguro nacionalizadas, ejercen una actividad demasiado idéntica a la de las empresas privadas de los mismos sectores para que podamos ver en ellas servicios públicos. Empresa pública y servicio público, son, pues, dos nociones que no se recubren (*cf., infra,* Título II).

452. — C. **La apreciación del interés general.** La autoridad pública competente, para decidir la creación del servicio, aprecia las exigencias del interés general.

De parte de las autoridades del *Estado,* esta apreciación es enteramente *discrecional.* El liberalismo afirmaba la existencia de "servicios públicos por naturaleza", inherentes a la función del Estado. Pero la jurisprudencia, incluso cuando se ha hecho eco de esta idea hoy en día abandonada (*cf.,* por ejemplo: T.C., 11 de julio de 1933, *dame Mélinette, Gr. Ar.,* p. 222, que distingue las funciones que entran o no "en las atribuciones exclusivas de la potestad pública"), no se ha reconocido jamás el derecho de censurar la apreciación de la autoridad estatal sobre este punto.

Para las *colectividades locales,* en cambio, esta apreciación es objeto de un control jurisdiccional, el juez anula las iniciativas que no estima justificadas por las necesidades del interés general (*cf., supra,* Nº 389, la jurisprudencia en materia de servicios económicos).

453. — D. **Los grados en las exigencias del interés general.** La autoridad pública puede considerar que el interés general exige la toma a su cargo de la totalidad de la necesidad a satisfacer,

[13] Delion: "Les nouvelles conceptions sur les entreprises publiques", *A.J.D.A.*, 1967, p. 379; Jacquot: "La réforme de la S.N.C.F., et l'apparition d'une nouvelle notion de l'entreprise publique", *D.S.*, 1970, p. 337.

encontrándose el particular eliminado de este campo de acción, ya sea porque juzgue al servicio ineficaz (caso de los servicios no rentables), o porque lo estime peligroso (caso del mantenimiento del orden —las milicias privadas son ilegales—, de ciertos monopolios de hecho). El servicio es entonces *monopolizado.*

A la inversa, la administración puede dejar que la actividad privada se ejerza libremente al lado del servicio público (caso de la enseñanza, de la acción sanitaria y social), compartiendo una y otra, la satisfacción de una misma necesidad.

§ 3. El servicio público depende de una persona pública

454. — El principio. Todo servicio público depende, en última instancia, de una *autoridad pública.* Aun cuando la autoridad no tenga sobre la actividad privada, sino como máximo, un cierto poder de control, el servicio público, en última instancia, depende de él; la autoridad pública asume la responsabilidad ante la opinión. Es por lo que todos los servicios público, incluso cuando tienen personalidad moral, están adscritos a una colectividad territorial, cuyos representantes ejercen sobre ellos el poder supremo: los servicios públicos son nacionales, departamentales y comunales.

455. — Aplicaciones: 1º La creación del servicio. Esta supone necesariamente una *decisión de la autoridad pública,* ya sea que el servicio sea creado *ex nihilo,* o que resulte de la transformación de una actividad privada preexistente.

· Para el *Estado,* la regla admitida era que la decisión que conllevaba creación, correspondía sólo al *legislador.* La Constitución de 1958 no ha confirmado este principio tradicional. La creación de servicios públicos no figura entre las materias reservadas al legislador, bajo dos reservas (artículo 34): la creación de categorías de establecimientos públicos (veremos más adelante que el establecimiento público puede corresponder a un servicio público), y la nacionalización de empresas privadas, que puede ser un procedimiento de creación de un servicio público. Salvo que se trate de estas formas, la creación entra, pues, hoy en día en la competencia reglamentaria (artículos 37) bajo reserva de la intervención del Parlamento para el otorgamiento de los créditos necesarios.

- Para los *servicios locales,* la creación es decidida por la asamblea deliberante; pero ella no puede actuar sino en los límites legales.

Se podría pensar, de lo que precede, que la necesidad de una decisión creadora facilita el reconocimiento de un servicio público. Esta es la razón del porqué algunos autores hacen de la voluntad del legislador, el criterio de servicio público. Esta teoría tropieza lamentablemente con el hecho de que la creación no es sólo formal; es raro que la autoridad pública afirme expresamente su voluntad de crear un servicio público; muy a menudo esta voluntad, si bien existe conscientemente, permanece implícita, y se deduce de las reglas a las que el texto somete la actividad considerada. Es el juez, quien, cuando es recurrido, decide si se encuentra o no en presencia de un servicio público.

456. — 2º. **La gestión del servicio.** Es el punto más delicado. En efecto, si bien subsiste siempre, sobre la gestión, un poder efectivo en favor de la autoridad pública, la subordinación que resulta de ello, comparta grados. El servicio puede depender directa y exclusivamente de la autoridad. Al contrario, ésta puede descargar en una persona privada la gestión corriente y limitarse a intervenir en algunos puntos esenciales. A lo sumo, se pasa por transición imperceptible del "derecho de última palabra" que la autoridad ejerce sobre el servicio público, incluso confiado a un particular, al simple poder de control que ella se reserva sobre ciertas actividades privadas.

Encontraremos de nuevo estos problemas en la sección siguiente.

SECCIÓN II. El régimen jurídico de los servicios públicos

457. — **Unidad y diversidad.** Ya señalamos la extrema diversidad de modos de gestión de los servicios. ¿Es acaso posible, a pesar de esta diversidad, derivar un cuerpo de reglas comunes a todos los servicios, y que definiría así el régimen jurídico del servicio público?

§ 1. La concepción clásica: el servicio público definido por la gestión pública

458. — A. El "régimen jurídico especial". En la concepción de la escuela del servicio público, este régimen jurídico se define por la aplicación exclusiva e integral de las reglas del derecho administrativo, presentadas como concebidas en función de las necesidades propias a todo servicio: los *agentes* del servicio están sujetos al derecho de la función pública, sus *bienes* dependen de la dominialidad pública, los *actos* por los que se ejerce son, sea decisiones ejecutorias, sea contratos administrativos, su *responsabilidad* se aprecia según reglas particulares. En esta óptica, el estudio del régimen jurídico del servicio público coincide con el del derecho administrativo que se define, por cierto, como "el derecho de los servicios públicos".

459. — B. Evolución. La ecuación entre régimen jurídico del servicio público y derecho administrativo no fue jamás absolutamente exacta; hoy en día es francamente inexacta.

El derecho administrativo ha desbordado siempre el marco del servicio público; se aplica, principalmente, al ejercicio de la policía, y a ciertos aspectos de las actividades de interés general que no son servicios públicos.

Por su lado, el servicio público puede escapar, al menos parcialmente, del "régimen especial": es el caso en la concesión, en que la administración ha confiado a un particular la gestión del servicio, lo que tiene por efecto someter algunos aspectos al derecho privado; en el caso en las hipótesis de gestión privada del servicio (*supra,* Nº 161). De tal manera que es necesario hacer las distinciones siguientes:

460. — C. Régimen jurídico de los servicios públicos "propiamente dichos". La jurisprudencia, por esta expresión, o incluso por la de "servicios que poseen al más alto grado el carácter de servicio público", designa los servicios *administrativos* tradicionales. Para éstos, el régimen derogatorio continúa aplicándose, bajo reserva del empleo ocasional de los procedimientos de gestión privada (contratos civiles o comerciales).[14]

[14] Lamarque: "*L'application du droit privé aux services publics administratif,* 1960.

461. — D. **Régimen jurídico de los servicios públicos industriales y comerciales.**[15] Para éstos, el principio es inverso; están normalmente sometidos al derecho común, pero su régimen puede comportar una dosis más o menos fuerte de derecho público, y debe necesariamente contener un mínimo.

1º ¿Cuáles son los signos para reconocer el servicio público industrial y comercial? A veces, los textos atribuyen expresamente este carácter a un servicio, lo que decide la cuestión, al menos en principio: ya que sucede que el juez considere como errónea la calificación dada por el texto, sobre todo cuando se trata de un texto reglamentario, y restituya el carácter administrativo a un servicio declarado abusivamente "industrial y comercial" (T.C., 24 de junio de 1968, *Ste Distilleries bretonnes, A. J.*, 1969, p. 311). En el silencio del texto, la jurisprudencia no utiliza un criterio único (por ejemplo, el hecho de que el servicio realice actos de comercio), sino un conjunto de índices: la naturaleza de la actividad ejercida, el "modo de organización y las condiciones de funcionamiento" (T.C., 24 de junio de 1968, *Ursot, A. J.*, 1969, p. 173), idénticas o análogas a las de las empresas privadas similares. Es esta similitud la que retiene principalmente el juez. Pero la aplicación de este criterio no es rigurosa: a pesar de los métodos comerciales adoptados para su gestión, a los monopolios fiscales, tabaco y fósforos, a correo y telégrafo (P.T.T.), se les niega el carácter industrial y comercial. Esta ausencia de rigor ha conducido recientemente a algunos autores, a cuestionar el principio mismo de la distinción entre servicios administrativos y servicios industriales.[16] Pero esta distinción continúa siendo utilizada por el derecho positivo.

2º El carácter industrial y comercial comporta *grados;* de allí, la sumisión al derecho privado en mayor o menor medida. Por regla general, el personal del servicio, fuera de ciertos agentes de dirección, tiene el régimen de asalariados privados, previsto en el derecho del trabajo; las relaciones con los usuarios o clientes resultan, en principio, de contratos civiles o comerciales, e incluso,

[15] Bibliografía citada, *supra*, p. 182, nota 37; además, Laroque, *op. cit.*, p. 426; *J. Lemasurier*: "A propos du service des P. et T.", *A.J.*, 1969, p. 139.

[16] F. P. Benoit: *Droit administratif*, p. 803 y s. P. Sandevou "Les vicissitudes de la notion de service public industries et commercial", *Mélanges, Stassinopoulos*, 1974, p. 317.

la existencia en esos contratos de una cláusula exorbitante del derecho común, no les quita su carácter (*supra*, Nº 111); el derecho privado se aplica también, en principio, a los contratos con los proveedores; pero a la inversa de lo que pasa en los contratos con los usuarios, la existencia de una cláusula exorbitante conlleva, en este caso, el carácter administrativo (C.E., 19 de enero de 1973, *A.J.D.A.*, 1973, p. 383). En fin, la responsabilidad depende del derecho privado. A veces, el legislador ha querido para la empresa una subordinación más completa al derecho privado: ella se encuentra entonces sometida al conjunto de reglas aplicables a las empresas privadas, principalmente, en materia financiera y contable. Se reserva, en general, a estos organismos la calificación de *empresas públicas*. En caso extremo, la empresa puede, como hemos visto, separarse de toda gestión de un servicio público.

3º El derecho público ocupa un cierto lugar en el régimen del servicio industrial y comercial. De manera general, él se aplica al estatuto de los órganos de dirección, a los bienes del dominio público que el servicio pueda utilizar, a las prerrogativas de potestad pública que puedan ser puestas a su disposición (expropiación), a los controles a los que está sujeto. Los reglamentos elaborados por sus dirigentes, si versan sobre su organización y aplican la potestad pública, son actos administrativos (T.C., 15 de enero de 1968, *Cie. Air France-Epoux Barbier*, *Gr. Ar.*, p. 541).

Además, la naturaleza jurídica del órgano encargado del servicio influye considerablemente en la aplicación del derecho privado a su gestión: esta aplicación es menor cuando el servicio industrial es administrado bajo la forma de gestión directa (*régie*), sin personalidad propia; aumenta cuando el servicio es confiado a una persona distinta; *a fortiori*, el derecho privado se aplica si se trata de una persona privada, reserva hecha del carácter administrativo del contrato de concesión del servicio público.

462. — E. Evolución. En total la única fórmula general que es posible enunciar, hoy en día, referente al régimen jurídico del servicio público, es la siguiente: decir que se están en presencia de un servicio público, es admitir que el régimen de la actividad, considerada somete al derecho público la parte de esa actividad que se relaciona con la búsqueda del objeto perseguido. Es el principio llamado "de la proporcionalidad de los medios a los

fines", a veces presentado como característico del servicio público (Latournerie, *E.D.C.E.*, Nº 14, p. 129). Pero en virtud de ese mismo principio, sobre la importancia de las reglas de derecho público en el conjunto del régimen, la calificación de servicio público no ofrece ninguna precisión. Además, un cierto número de actividades privadas de interés general, que no tienen ciertamente la calidad de servicio público, dependen en parte, también del derecho público (*cf.*, *infra*, Nº 467 y ss.).

El procedimiento del servicio público no define, pues, hoy en día, un régimen jurídico preciso.

§ 2. Los principios fundamentales del servicio público

¿La incertidumbre que acabamos de evidenciar, al menos deja subsistir, a falta de reglas precisas, algunos principios esenciales comunes a todos los servicios?[17]

Estos principios existen sin duda; pero su aplicación, rigurosa en los servicios administrativos, es más dudosa en los servicios industriales; éstos se vinculan a tres ideas: *continuidad, adaptación a las nuevas circunstancias e igualdad.*

463. — A. La continuidad del servicio público.[18] El servicio público responde, por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La jurisprudencia ha establecido, pues, el principio de la *continuidad del servicio público,* en virtud del cual, el funcionamiento del servicio no puede tolerar interrupciones. A este principio se vincula un cierto número de reglas positivas, bastantes diversas: en materia de *contratos administrativos,* el carácter estricto de los plazos impuestos al cocontratante, ya que todo retardo puede acarrear la paralización del servicio, y sobre todo, la teoría de la imprevisión (*supra,* Nº 125 y ss.); en el derecho de la *función pública,* la prohibición hecha al agente renunciante de dejar el servicio antes que su dimisión haya sido aceptada, lo que permite a la autoridad jerárquica la posibilidad,

---

[17] Sobre las nuevas tendencias: Demichel: "Vers le self-service public", *D.*, 1970, Chr., p. 281.

[18] J. P. Gilli y otros: *La continuité des services publics,* 1973.

al reemplazarlo, de evitar una interrupción. Pero la aplicación esencial del principio de continuidad concierne al *derecho de huelga de los agentes*. El principio de continuidad durante largo tiempo pareció excluir este derecho. Después de la Constitución de 1946, y ante el silencio del legislador, el Consejo de Estado ha reconocido, por una parte, la necesidad de una conciliación entre el derecho de huelga y la continuidad de los servicios públicos; por otra parte, la competencia del gobierno para proceder a esta conciliación por vía reglamentaria (C.E., 7 de julio de 1950, *Dehaene, Gr. Ar.*, p. 342). En la práctica, el reconocimiento a los agentes públicos del derecho de huelga, incluso limitado, atenúa el alcance del principio de continuidad, cuyas exigencias varían según los servicios y según el rango de los agentes en la jerarquía. Sin embargo, un mínimo común a todos los servicios, y a ellos solos, resulta de la ley del 31 de julio de 1963:[19] ella prohíbe la huelga "escalonada", la cual afectando los turnos de los diversos elementos de un servicio, perturba su funcionamiento; ella impone a los sindicatos iniciadores del movimiento, antes de toda huelga, una declaración previa a la autoridad jerárquica, a más tardar cinco días antes de la fecha prevista para el comienzo de la huelga. El principio de continuidad se encuentra así, pues, revalorizado; el consejo constitucional acentuó su revalorización, reconociéndole valor constitucional (25 de julio de 1979, *A.J.*, 1979, Nº 9, p. 46).

464. — B. La posibilidad de modificar el régimen del servicio. El interés general varía con el tiempo; el régimen de los servicios públicos debe poder evolucionar según sus exigencias. Debido a ello, ni los agentes, ni los usuarios, pueden prevalerse de un derecho adquirido al mantenimiento del régimen en vigencia en el momento en que entraron en relaciones con el servicio. Las alzas de tarifas se aplican inmediatamente a los *usuarios*, incluso cuando están ligados al servicio por un contrato de suscripción, bajo reserva del respeto del principio de no-retroactividad (C.E., 25 de junio de 1948, *Société du journal "L'Aurore", Gr. Ar.*, p. 312). Los *agentes* sufren inmediatamente todos los cambios aportados a su estatuto; ellos pueden, cuando mucho, ser licenciados o retirados en caso de supresión o de reorganización del servicio

[19] Mathiot: "La loi du 31 juillet, 1963", *A.J.*, 1963, p. 595; Gilli: "La loi antigrève", *D.*, 1964, Chron., p. 81; Touscoz, *D.S.*, 1964, p. 20.

que haga desaparecer su cargo. En cuanto a los *cocontratantes* de la administración, están sujetos al poder de modificación unilateral de sus obligaciones por la administración, con la contrapartida pecuniaria, por aplicación de la teoría del hecho del príncipe, que estableció el principio.

465. — C. La igualdad de todos ante el servicio. El principio, que no es sino la aplicación al campo de los servicios públicos del principio general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las autoridades públicas, tiene un alcance muy amplio. En lo que concierne a los *usuarios,* se aplica tanto a las cargas del servicio como a su beneficio: todo particular, que cumpla con los requisitos legales, tiene el derecho a obtener las prestaciones que el servicio suministra, sin ninguna discriminación que derive de su persona, y sin que las tarifas puedan variar en función de otras consideraciones que la diferencia de situación de los usuarios o de las necesidades del interés general (C.E., 10 de mayo de 1974, *Denoyez, A.J.D.A.,* 1974, p. 311). Por otra parte, la ordenación práctica del servicio (por ejemplo, las horas de apertura), debe ser de tal manera, que todos los usuarios puedan tener acceso a él: el Consejo de Estado acaba de recordarlo de manera discreta (25 de junio de 1969, *Vincent, A.J.D.A.,* 1969, p. 566). La jurisprudencia extiende la regla de la igualdad de tratamiento a los *colaboradores* del servicio (C.E., 9 de marzo de 1951, *Societé des concerts du Conservatoire, Gr. Ar.,* p. 359).

En los servicios económicos, sin embargo, puede haber discriminaciones entre los usuarios según las reglas comerciales ordinarias, en función de la situación personal del interesado, pero todos aquellos que están en la misma situación pueden pretender las ventajas que derivan del servicio.

SECCIÓN III. Los diversos tipos de servicios públicos

466. — Las clasificaciones posibles. La extrema diversidad de los servicios públicos no necesita ser destacada: cada uno puede tomar conciencia de ello por la experiencia cotidiana. Ya se ha señalado un cierto número de categorías de servicios. Es necesario replantearlos en una perspectiva más amplia.

A. Se puede, en primer lugar, clasificar los servicios, según su *objeto*: es la distinción, fundamental desde el punto de vista jurídico, entre los servicios administrativos y los servicios *industriales y comerciales*. A estas dos categorías, parece añadirse una tercera, según algunas indicaciones jurisprudenciales, la de los servicios públicos sociales (T.C., 22 de enero de 1945, *Naliato* (*supra*, Nº 161); pero la jurisprudencia, como hemos visto, tiende a reducir el alcance de esta calificación.

B. Desde el punto de vista de la manera como concurren al *interés general*, hay que distinguir:

1º Los servicios que tienen por finalidad *satisfacer directa e individualmente a los particulares*. Todos tienen en común el hecho de que el particular espera de ellos la satisfacción de una necesidad personal, y debe entrar en relación con ellos para obtenerlo; en particular tiene, respecto a ellos, la cualidad de *usuario*, o de cliente si se trata de un servicio comercial.[20] Estos servicios, en la práctica, son muy variados: comprenden la mayoría de los servicios industriales y comerciales, los servicios sociales, pero también, servicios administrativos, como la educación, los museos; los servicios de la justicia, no represiva, entran en la misma categoría. De ello resulta una gran diversidad en las condiciones de los usuarios: respecto a los servicios administrativos ellos están en una situación puramente estatutaria y reglamentaria, que depende del derecho público (ejemplo: los alumnos y estudiantes de la enseñanza pública); respecto de los servicios industriales y comerciales, éstos están en una situación contractual de derecho privado; pero las cláusulas del contrato no hacen a menudo sino reproducir las disposiciones de carácter reglamentario; y además, algunas reglas de derecho público pueden intervenir respecto a ellos (aumento de tarifas, *supra*. Nº 464).

2º Otros servicios procuran a los particulares ventajas personales, pero de manera *indirecta*, sin que el beneficiario tenga que entrar en contacto con el servicio: él es *utilizador*, pero no usuario.

[20] Sobre la situación del usuario en general: Waline: "De la situation juridique de l'usager d'un service public", *Revue Critique*, 1933; en los servicios industriales y comerciales. Laroque: "Les usagers des services publics industriels", 1933; Cocatre-Zilgien: *L'usager du service public industriel et commercial*, *Revista Trimestral de Derecho Comercial*, 1969, p. 265.

El caso más típico es el mantenimiento de la red de vialidad por el servicio de puentes y calzadas, reserva hecha de las autopistas de peaje.

3º Finalmente una última categoría de servicios está destinada a la *colectividad en su conjunto,* sin que los individuos sientan individualmente los beneficios: es el caso de la defensa nacional, del servicio diplomático, o además, en un orden de ideas diferente, la investigación científica. Es el caso igualmente de los servicios financieros destinados a procurar al Estado los recursos necesarios al funcionamiento de todos los demás servicios.

C. Desde el punto de vista del *campo abierto a la actividad del servicio,* ya se ha mencionado la distinción entre los servicios *nacionales,* los cuales interesan al conjunto de la colectividad, a pesar de que su implantación esté localizada en algunos puntos del territorio, como los servicios del Comisariado de la energía atómica; que interesan al conjunto de la colectividad; y los servicios *locales* que dependen de las colectividades descentralizadas, departamentos y comunas.

D. Desde el punto de vista de las *relaciones con el sector privado,* se ha encontrado la diferencia entre los servicios *monopolizados,* y los servicios que se ejercen concurrencialmente con las actividades privadas paralelas.

E. Finalmente, la distinción que reviste una mayor importancia práctica se sitúa en el punto de vista de los *modos de gestión de los servicios.* La encontraremos en el título siguiente.

CAPITULO III

La ayuda de la administración a las actividades privadas de interés general

467.— A. Razones de ser.[21] Se reducen todas ellas a la idea de que la colectividad tiene interés en el mantenimiento y en el desarrollo de ciertas actividades puramente privadas; pero este interés resulta de consideraciones muy diversas:

— a veces la actividad privada persigue un fin *desinteresado* que coincide con el interés general (actividades culturales, sociales, caritativas, deportivas, educativas, etc.);

— a veces el fin perseguido es interesado, pero *conforme al interés económico del país* (valorización de los recursos mineros o más ampliamente actividades económicas de base);

— finalmente, a veces el fin buscado no es considerado como de interés general: es el caso de los *cultos* en un Estado laico; pero el interés general estaría comprometido si los fieles de las diversas religiones no estuviesen en posibilidad de practicar su fe, por este hecho la armonía de la colectividad nacional podría estar amenazada.

En todos estos casos, incumbe a la autoridad pública, guar diana del interés general asegurar las condiciones para su desarrollo, ya sea en beneficio del conjunto de las actividades consideradas, ya sea de las agrupaciones o empresas más importantes.

468. — B. Modalidades. La ayuda a las colectividades públicas, sea cual sea su forma, presenta un carácter constante: no altera el carácter puramente privado de la actividad o de la empresa beneficiaria; ella no tiene por efecto transformarlas en servicios públicos.

[21] Tricot: *Essai sur les entreprises d'intérêt général*, tesis, Lyon, 1943.

Entonces, hay que distinguir las personas privadas investidas de una misión de servicio público y aquellas que ejercen una actividad de interés general. Esta distinción es a veces delicada.[22]

Una segunda característica es la extrema diversidad de formas que esta ayuda adopta tanto desde el punto de vista del *acto jurídico* que la realiza, como desde el punto de vista de los *medios* puestos a la disposición de los beneficiarios.

1° La decisión presenta a menudo un carácter unilateral: emana de la autoridad pública únicamente. Se materializa, cada vez más frecuentemente, bajo la forma de *consentimiento* (*agrément*) dado a la empresa privada llamada a gozar de la ayuda pública; la decisión de consentimiento (*agrément*) define al mismo tiempo, los controles y las obligaciones que constituyen la contrapartida de esta ayuda. Pero la decisión puede también tomar la forma de contrato, por el que una persona privada se compromete a someterse a ciertas obligaciones, y la persona pública por su lado, se compromete a proveerle la ayuda convenida. Un ejemplo típico de esta forma de ayuda se encuentra en las leyes del 31 de diciembre de 1959 y del 1° de junio de 1971, relativas a la ayuda del Estado a los establecimientos de enseñanza privada que hubiesen celebrado con el Estado uno de los contratos-tipos previstos por los textos. En el campo económico, la ejecución del Plan por las empresas privadas utiliza ampliamente el procedimiento contractual, o técnicas que se inspiran de él.

2 Las ventajas puestas a la disposición de los particulares, muy variadas, pueden agruparse alrededor de tres órdenes de ideas:

a) *Ventajas de orden jurídico.* El Estado puede, por una parte, asegurar a una agrupación un régimen de derecho privado que le permita extender al máximo su acción y sus recursos (caso de las asociaciones reconocidas de utilidad pública, *supra*, N° 38), por otra parte, hacerla gozar de prerrogativas de potestad pública: la expropiación puede realizarse en beneficio de los concesionarios de minas, de algunas asociaciones de previsión (C.E.,

[22] Para un ejemplo reciente de estas dificultades: C.E., 21 de mayo de 1976, *Groupement d'économique Brousse-Cordell*, *A.J.*, 1977, p. 42, y a propósito de esta sentencia, F. Moderne: "Sur une distinction délicate entre mission d'intérêt général et mission de service public", *A.J.*, 1977, p. 144.

20 de diciembre de 1935, *Sté. des établissements Vezia, Gr. Ar.*, p. 235, conclusiones de Latournerie, *R.D.P.*, 1936, p. 119); el organismo privado puede ser autorizado a percibir de sus adherentes contribuciones obligatorias de carácter parafiscal, etc.

b) *Ventajas financieras.* La ayuda financiera puede ser *indirecta* (Exoneraciones fiscales, protección aduanera, tarifas postales y de transporte reducidas en el caso de la prensa, por ej., etc.), o *directa:* adopta entonces, bien la forma de la subvención o de la garantía de interés, o bien la de la suscripción de una parte del capital; la persona pública se encuentra así asociada a los particulares: es el procedimiento de la economía mixta (*infra,* Nº 514 y ss.). El estudio detallado de estos procedimientos depende principalmente del derecho financiero; pero es necesario tomar conciencia de su extrema importancia en cuanto a las relaciones de la potestad pública con los particulares.

c) *Ventajas materiales.* La autoridad pública puede poner a la disposición de los interesados ciertas dependencias de su dominio público: es principalmente el caso de edificios religiosos, dejados gratuitamente a los fieles para el ejercicio del culto. La autoridad pública puede igualmente "prestarles" agentes públicos destacados ante los organismos privados.

3' A veces, y cada vez más frecuentemente en el marco de la planificación y de la ordenación del territorio, la ayuda del Estado adopta una forma *incitativa:* se prometen ventajas, por vía general, a todas las empresas que acepten orientar su actividad en el sentido deseado, por ejemplo, mudarse de la región parisina hacia una región en desarrollo; los "cuasicontratos" para la ejecución del Plan individualizan este mecanismo.

4' El conjunto de estos procedimientos nuevos, extraños a las formas clásicas de la acción administrativa, adopta una importancia práctica creciente.[23] Su sistematización es todavía imperfecta; ellos resultan de una proliferación de textos limitados a una actividad determinada cuyo vocabulario es incierto (el *consentimiento* —agrément— puede ser unilateral o contractual). El poder discre-

[23] *Cf.* Rivero: "Action économique de l'État et évolution administrative", *Rev. Econ.*, 1962, p. 887; F. Batailler: "Les quasi contrats pour l'exécution du Plan", *Rev. Sc. Leg. Fin.*, 1964.

cional que la administración se reserva en el uso de estos procedimientos es en general muy amplio. El limitar los abusos, principalmente en materia económica por un control adaptado, es uno de los problemas mayores que se plantea hoy en día al juez administrativo.

469.— C. Contrapartidas.[24] A menudo, la ayuda del Estado está acompañada de un *control* sobre la empresa o la agrupación beneficiaria. A veces muy reducido (control de los estatutos de las asociaciones en vista al reconocimiento de utilidad pública), este control es mucho más desarrollado cuando la ayuda es de orden pecuniario; numerosos textos han organizado y extendido el control financiero de las empresas privadas, subvencionadas. Puede también referirse a los aspectos técnicos de la actividad (obras sociales, ley del 30 de junio de 1975).

A veces la contrapartida de la ayuda pecuniaria del Estado es una participación en los beneficios de la empresa, principalmente en el caso de la economía mixta.

A lo sumo, cuando los controles son particularmente desarrollados, la frontera se borra entre actividad privada de interés general y misión de servicio público asumida por particulares: en materia hospitalaria, por ejemplo, erigida en servicio público por la ley del 31 de diciembre de 1970, los hospitales privados pueden, sea ejecutar el servicio público en calidad de concesionarios (*infra*, Nº 474), sea realizar acuerdos que los "asocien" al funcionamiento, aunque no aseguren el servicio (decreto del 9 de mayo de 1974).

[24] Demichel: *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, 1960; Fromont: "Le contrôle des aides financières publiques aux entreprises privées", *A.J.*, 1979, Nº 1, p. 3.

TITULO II

LOS ORGANOS DE GESTION DE LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACION

470.— Visión de conjunto. Las formas de actividad que se acaban de estudiar incumben, en primer lugar, a las autoridades administrativas analizadas en la segunda parte, y a los servicios que dependen de ellas directamente, servicios "en regie" (gestión directa). Pero además, ellas son frecuentemente confiadas a organismos dotados de personalidad, sean públicos o privados.

En el estado liberal, estos organismos que asumían esencialmente una actividad de servicio público, eran de dos tipos: por una parte el *establecimiento público*, persona moral de derecho público encargada de la gestión de un servicio, por otra parte la *concesión*, en la cual un servicio público era confiado por contrato a un particular.

Este esquema se ha diversificado bajo diversos puntos de vista:

1° La gestión de algunos servicios públicos ha sido confiada ya sea a personas privadas [1] (Sociedades, o incluso cada vez más frecuentemente, asociaciones de la ley de 1901) bajo un régimen diferente del de la concesión (cajas de seguridad social), ya sea a personas cuya naturaleza jurídica permanece incierta (órdenes profesionales).

2° El establecimiento público ha dejado de ser exclusivamente un modo de gestión de un servicio público; su rol se ha extendido y diversificado.

3° Algunos órganos públicos distintos del establecimiento público (sociedades de Estado, empresas públicas) se han multi-

[1] F Sabiani: "L'habilitation des personnes privées à gérer un service public", *A.J.D.A.*, 1977, p. 4.

plicado, muchos de éstos realizan funciones de interés general que no presentan el carácter de un servicio público.

4' El procedimiento de la economía mixta ha conducido al desarrollo de organismos en los que las personas públicas se asocian a los capitalistas privados.

Se estudiará en forma somera el procedimiento tradicional de la gestión directa (*le service en régie*) (Capítulo I), la concesión de servicio público (Capítulo II), el establecimiento público y la empresa pública (Capítulo III), las empresas de economía mixta (Capítulo IV), las órdenes profesionales (Capítulo V).

CAPITULO I

La Gestión Directa (Les Services en Régie)

471.— Características comunes. Este es en la práctica, el procedimiento más importante: las administraciones tradicionales, que asumen lo esencial de las tareas del Estado, están organizadas según este tipo. No plantean, sin embargo, sino pocos desarrollos particulares; en efecto:

1' *Los servicios* "en regie" *no constituyen personas jurídicas distintas.* Es la colectividad territorial de que dependen, Estado, departamento o comuna, quien es titular de los derechos y obligaciones nacidos de su actividad: no es con el servicio de obras públicas (*Ponts et Chausseés*) que contratan los empresarios de trabajos públicos, sino con el Estado por intermedio del servicio de obras públicas. Es necesario insistir sobre este punto que da lugar a frecuentes confusiones facilitadas por los hábitos de lenguaje.

2' Desde el punto de vista de su *organización* los servicios "en regie" están ubicados bajo la dependencia directa de la autoridad central de la colectividad de que dependen. Para el Estado, constituyen los servicios exteriores de los diversos departamentos ministeriales (*supra,* Nº 359); los agentes a los cuales son confiados están jerárquicamente subordinados al ministro con el relevo de autoridad, a nivel departamental, constituido por el prefecto. Los servicios municipales y departamentales dependen del concejo municipal y del alcalde, del consejo general y del prefecto.

3' *Desde el punto de vista financiero* el servicio no tiene ninguna individualidad. Los créditos necesarios para su funcionamiento están previstos en el presupuesto general de gastos de la colectividad. Si recibe ingresos, éstos se confunden en la masa de ingresos presupuestarios de los cuales son extraídos los gastos en su conjunto.

472.— Categorías principales. Este esquema general comporta dos *variantes*. Normalmente, los servicios "en regie" son servicios *administrativos*. En este caso, todas las reglas y todos los procedimientos del derecho administrativo se aplican a ellos: sus agentes son funcionarios, sus actos son, o decisiones unilaterales, o contratos administrativos, salvo el recurso excepcional al contrato de derecho privado; sus obras son obras públicas, su responsabilidad está comprometida según el derecho administrativo, su contencioso depende de la jurisdicción administrativa. El estudio de este tipo de órgano o servicio se confunde, pues, con los diversos capítulos del derecho administrativo.

Excepcionalmente, este procedimiento se aplica a los *servicios industriales y comerciales*,[2] principalmente en el marco de las colectividades locales. En este caso, las reglas precedentes sufren algunas alteraciones: a falta de autonomía financiera el servicio posee una individualidad contable que permite saber si es deficitario o beneficiario, y el derecho privado se aplica a sus relaciones con sus proveedores y sus usuarios.

Hay que señalar que los servicios "en regie" pueden ejercer ya sea una actividad de servicio público (es el caso general), o la policía administrativa (*supra*, Nº 433), o una acción de ayuda a las actividades privadas de interés general y de control de estas actividades.

---

[2] Delion: "Les services industriels en régie de l'Etat", *D.S.*, 1963.

CAPITULO II

La concesión de servicio público

§ 1. Caracteres generales[8]

473.— Definición. La concesión de servicio público es un modo de gestión de un servicio en el cual una persona pública, el concedente, encarga por contrato a una persona privada, el concesionario, de hacer funcionar el servicio, durante un cierto tiempo y asumiendo las cargas, mediante el derecho de obtener remuneración de los usuarios.

Esta definición clásica exige las siguientes precisiones:

A.— Es necesario distinguir la concesión de servicio público de aquellos actos, muy diversos, para los cuales el lenguaje administrativo insuficientemente preciso utiliza también el término de *concesión*. De la mayoría de estos actos (concesiones de los cementerios, concesiones sobre el dominio de las personas públicas, concesiones de minas, etc.), se distinguen radicalmente en que ella sólo es un *modo de gestión de un servicio.*

Con la *concesión de obra pública,* en cambio, la diferencia es mucho menos profunda y se refiere a una simple modalidad: se trata de una concesión de servicio público, pero el concesionario no se compromete solamente a hacer funcionar el servicio, sino que además, él se encarga previamente de construir por sí mismo, a sus expensas, las obras públicas necesarias a dicho funcionamiento. La gestión del servicio debe entonces permitirle, a la vez, so-

[8] Blondeau: *La concession de service public,* tesis, Grenoble, 1929; Comte, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public,* tesis, París, 1934; A. de Laubadère: *Traité des contrats administratifs,* 1956; G. Dupuis: "Sur la concession de service public", *D.*, 1978, Chr., p. 222; Bettinger: *La concession de service public et de travaux publics,* 1978.

portar las cargas de su funcionamiento y de amortizar los gastos de construcción de las obras que, al final de la concesión, revertirán gratuitamente al concedente. Es por ello que las concesiones de obras públicas son acordadas con una larga duración. La red ferroviaria, y la mayoría de las redes de tranvías han sido realizadas por este procedimiento. Es utilizado hoy en día para la construcción y explotación de autopistas de peaje y de estacionamientos subterráneos.

Hay concesión de servicio público en estado puro, sin obra pública, cuando el servicio no requiere la construcción de obras públicas (red de autobús).

B. — En la concepción clásica de la concesión, la gestión del servicio es confiada, en principio, a una *persona privada,* individuo o a menudo sociedad, que conserva este carácter y su régimen personal de derecho privado. Se distingue por ello de la "régie" y del *establecimiento público,* procedimientos en los cuales es una persona pública la que administra directamente el servicio.

Pero la concesión no es la única forma de gestión de un servicio por una persona privada; es necesario entonces distinguir:

1'. Por una parte, ciertas formas contractuales de gestión en los cuales los derechos y obligaciones de las partes no son las mismas que en la concesión.

Los ejemplos tradicionales, raros en la práctica, son el *arrendamiento (affermage),* todavía utilizado en ciertas comunas para la percepción de los derechos obtenidos por los comerciantes por los sitios o puestos por ellos ocupados en los mercados; y la "régie" interesada (*régie intéressée*) en la cual el particular o "regisseur" es remunerado, no por los beneficios del servicio que van a la persona pública, sino por una renta calculada en función de la calidad de la gestión.[4]

Algunos ejemplos más recientes son suministrados por los contratos en los cuales la administración confía a particulares "la ejecución misma" de una parte del servicio (C.E., 20 de abril de 1956, *Bertin, supra,* Nº 110).

El procedimiento contractual, largo tiempo limitado a los servicios industriales y comerciales se extendió a servicios que

[4] Waline: "La notion de régie intéressée", *R.D.P.,* 1948, p. 337.

no presentan este carácter, principalmente en el campo sanitario y social: los hospitales privados, pueden, por un contrato calificado de "concesión", aunque se distingue profundamente de la concesión propiamente dicha, estar encargado de la ejecución del servicio público hospitalario (ley del 31 de diciembre de 1970, decreto del 9 de mayo de 1974, *supra,* Nº 469).

2'. Por otra parte, formas no-contractuales de gestión de un servicio por una persona privada. Anteriormente señalamos (*supra,* Nº 447) la disociación que manifestada ya en la concesión, se ha ido acentuando entre la noción material y la noción orgánica del servicio público. Ella se traduce en la multiplicación de los casos en los cuales es confiada a organismos privados una misión de servicio público. Estos organismos pueden ser:

— Personas privadas pertenecientes a una categoría determinada: sociedades (en el caso de servicios industriales), asociaciones de la ley del 1º de julio de 1901 (p. ej.: Federaciones deportivas, C. E., 22 de noviembre de 1974, *Fedération des industries françaises d'articles de sport, A.J.*, 1975, p. 45), sociedades naturalistas (Cajas primarias de Seguridad Social, C.E., 13 de mayo de 1938, *Caisse primaire Aide et protection, Gr. Ar.,* p. 251), sindicatos (C.E., 13 de enero de 1961, *Magnier, R.D.P.,* 1961, p. 155).

— Organismos personalizados creados por ley o por decreto sin calificación precisa, en vista de una misión determinada, a los cuales la jurisprudencia reconoce expresamente el carácter de personas privadas (T.C., 20 de noviembre de 1961, *Centre regional de lutte contre le cancer Eugène Marquis, A.J.*, 1962, p. 17).

En cuanto a su *régimen jurídico,* parte está determinado por la naturaleza del organismo, parte por la misión que cumple: como organismos privados, dependen del derecho privado y de la competencia judicial en lo que concierne su organización interna, sus relaciones con sus agentes, sus contratos (C.E., 3 de marzo de 1969, *Societé Interlait, supra,* Nº 109).

Por estar investidos de una misión de servicio público, las decisiones unilaterales que toman para el ejercicio de esta misión son actos administrativos (C.E., 13 de enero de 1961, *Magnier,*

supra, p. 171), y su responsabilidad depende del derecho y del juez administrativo cuando surge como consecuencia del ejercicio de las prerrogativas de poder público que le son conferidas (C.E., 13 de octubre de 1978, *A.D.A.S.E.A. du Rhône,* T.C., 6 de noviembre de 1978; *Bernardi, supra,* Nº 163).

474.— Campo de aplicación y evolución. 1'. De lo que precede resulta que el procedimiento de la concesión tiene un campo de acción limitado, a la vez por su naturaleza y por su inspiración.

Según el primer punto de vista, no puede aplicarse sino a los servicios en los cuales una contrapartida financiera puede ser exigida al usuario, lo que excluye a la vez los servicios gratuitos por definición (asistencia) y aquellos en los cuales es imposible individualizar los utilizadores (conjunto de vías públicas, reserva hecha de las autopistas para las que la individualización es posible y cuya construcción y mantenimiento pueden ser por lo tanto concedidos).

El procedimiento, por otra parte, presupone, al menos en su forma clásica, la adhesión del Estado al *liberalismo económico.* Cuando el Estado liberal, en el siglo XIX, se encontró obligado a intervenir para permitir el desarrollo de empresas, nacidas del progreso técnico, cuya realización excluía la concurrencia y requería los procedimientos de potestad pública (ferrocarriles, gas, electricidad), este Estado dudaba de su aptitud para administrar por sí mismo tales empresas; temía, por otra parte los áleas que parecían presentarse en el nacimiento de estas empresas. El procedimiento de la concesión le permitió, a la vez mantener a estas empresas bajo la autoridad de la potestad pública, hacer jugar en su gestión el móvil del lucro capitalista, aguijón necesario del progreso económico en la óptica liberal, y en fin descargar sobre el concesionario los riesgos financieros de tales iniciativas.

2'. A partir de esta situación, el régimen de la concesión ha evolucionado profundamente por razones prácticas e ideológicas.

En la práctica el carácter de servicio público de las empresas concedidas ha desarrollado progresivamente todas sus exigencias; la autoridad pública ha tenido que aumentar sus poderes sobre el concesionario, a fin de obligarlo a adecuar su acción a los imperativos del interés general. La contrapartida necesaria a estas inter-

venciones, que corrían el riesgo de hacer fracasar las previsiones financieras del concesionario y de comprometer, por su ruina, la continuidad del servicio, ha sido el otorgamiento al concesionario de una ayuda financiera cada vez más amplia. La unión de la autoridad pública y del empresario privado ha pasado de un régimen de separación de bienes a un régimen de comunidad.

Desde entonces el procedimiento de la concesión perdió, para la potestad pública, mucho interés, y para los empresarios capitalistas mucho de su seducción.

Ahora bien, desde el punto de vista *ideológico*, la caída del liberalismo y los progresos del anticapitalismo incitaban a la potestad pública a asegurar ella misma la gestión de las grandes empresas públicas, eliminando el capital privado.

3'. Este movimiento tuvo los siguientes resultados:

— por una parte, la concesión ha evolucionado mucho en el sentido de una *asociación entre concedente y concesionario privado;*

— por otra parte, el procedimiento ha conocido, al menos en su forma tradicional que implica acudir a una persona privada, una relativa *caída,* principalmente en los comienzos de la IV República en donde prevalecían las tendencias anticapitalistas. En esa época se puede percibir su desaparición progresiva.

— en realidad, las nacionalizaciones aseguraron la supervivencia de la concesión. La transferencia de la cualidad de concesionario a algunas *personas públicas*[8] (Electricidad de Francia, Gas de Francia) o a sociedades de *economía mixta* (SNCF), si bien transformaba el esquema inicial, le quitaba al procedimiento el perjuicio derivado de su carácter capitalista, y mantenía la ventaja de permitir a las colectividades públicas no asumir directamente algunas funciones: de allí la renovación de la concesión, principalmente en materia de valorización o explotación del territorio, de construcción de autopistas, de estacionamientos, lo cual se va acentuando con el desarrollo de la ideología neo-liberal. La concesión a empresas puramente privadas conoce incluso una revitalización (*Cf.* en materia de autopistas, decreto del 12 de mayo de 1970).

[8] Auby: "La notion de concession dans la loi du 8 avril, 1946", *Cah. Jur El. Gaz.*, 1949, Nº 7-8, p. 1.

— El regimen jurídico de la concesión se ha diferenciado: además del régimen aplicable a las concesiones conformes al esquema clásico, existen otras que se separan de ese régimen. Es el caso cuando el concesionario es un establecimiento público, cuyas relaciones con la persona pública concedente son necesariamente diferentes de aquellos que se establecen con un concesionario privado.

475.— **Problemas fundamentales**. El régimen de la concesión clásica resulta de la conciliación entre dos elementos fundamentales, y aparentemente antitéticos, del sistema; por una parte un servicio público, sometido a los imperativos del *interés general;* por otra parte, un particular que acepta la gestión *impulsado* por la preocupación de su *interés personal.* Ha sido necesario pues, a la vez, mantener una estricta autoridad del concedente sobre el servicio, y garantizar al concesionario los beneficios a los que puede pretender legítimamente. La necesidad de esta conciliación domina todo el régimen de la concesión.

§ 2. El acto de concesión

476.— A. **Formas**. La concesión tiene como base un *contrato* celebrado entre la autoridad concedente y el particular que ella escoge con toda libertad: el hecho de otorgar a éste la gestión de un servicio público implica en efecto, una confianza personal.

El contrato se compone de dos documentos distintos: un *convenio,* que consagra el acuerdo de las partes, y un pliego de condiciones, en el que están minuciosamente regulados los derechos y obligaciones de las partes, y principalmente las reglas de organización y de funcionamiento del servicio.

477.— B. **Naturaleza jurídica**. El acto de concesión, en el siglo XIX era considerado como íntegramente *contractual*. Pero a medida que se desarrollaba la teoría del servicio público, y que se tomaba más conciencia de sus exigencias, la jurisprudencia y la doctrina han revisado esta solución. Actualmente éstas consagran el principio de la *doble naturaleza del acto de concesión* y por lo tanto, de la situación jurídica que de ello deriva.

1°. En el acto de la concesión hay un conjunto de cláusulas de naturaleza *reglamentaria:* son todas aquellas que fijan la organización y el funcionamiento del servicio, y que podrían figurar en un reglamento administrativo. Estas cláusulas, elaboradas unilateralmente por la administración, pueden siempre ser modificadas por ella. Su carácter reglamentario se encuentra confirmado por el hecho que los usuarios del servicio pueden prevalerse de su desconocimiento por la administración, en el apoyo de un recurso por exceso de poder; ahora bien, es sabido que este recurso no puede basarse sobre la violación de reglas contractuales.

2°. Al lado de las cláusulas reglamentarias, hay en la concesión una parte propiamente *contractual:* se trata esencialmente de las disposiciones financieras que garantizan al concesionario su remuneración y que están dominadas por el principio del *equilibrio financiero del contrato,* fundamental en los contratos administrativos.

§ 3. Las obligaciones del concesionario

478.— A. Contenido. Estas se reducen todas a la *obligación de asegurar el funcionamiento del servicio.*

Esto supone en primer lugar el respeto de las reglas establecidas en el pliego de condiciones. Pero además, las reglas generales comunes a todos los servicios públicos (*supra,* Nº 463 y ss.), se impone al concesionario; por consiguiente:

1°. Debe asegurar la *continuidad del servicio.* No puede desligarse de su obligación invocando la falta de la administración, o dificultades materiales o pecuniarias; estas dificultades justifican solamente, si las condiciones se encuentran dadas, la aplicación de la teoría de la imprevisión (*infra,* Nº 481). Sólo la fuerza mayor puede exonerar al concesionario (C.E., 29 de enero de 1909, *Cie. des Messageries Maritimes, Gr. Ar.,* p. 81).

La obligación de continuidad se extiende a los *agentes del servicio.* Estos agentes libremente reclutados por el concesionario son asalariados de derecho privado, regidos por el derecho común del trabajo; pero, en lo que concierne al ejercicio del derecho de huelga, están sometidos a las mismas limitaciones que los agentes públicos, según las reglas establecidas por el Consejo de Estado

(*supra,* Nº 463). En contrapartida, los pliegos de condiciones imponen a veces al concesionario, a beneficio de su personal, condiciones de trabajo y de remuneración más ventajosas que las que derivan del derecho común.

2º. La obligación de respetar la *igualdad de los usuarios* ante el servicio se impone al concesionario, obligado a suministrar, a todos los que llenen las condiciones requeridas, las prestaciones demandadas, y de aplicarles las tarifas fijadas por la autoridad concedente. Sin embargo, las tarifas tienden cada vez más a diferenciarse según la situación de los usuarios, de conformidad con las exigencias de una gestión comercial; pero todos aquellos que se encuentran en las situaciones previstas, pueden exigir que se les apliquen condiciones tarifarias que les corresponden.

3º. El poder de la administración de *modificar el régimen de todo servicio* para adaptarlo al interés general se aplica a los servicios concedidos. Esta regla, que se vincula a veces a la naturaleza reglamentaria de las cláusulas relativas a la organización del servicio, impone al concesionario la obligación de someterse a las modificaciones decididas por el concedente. La jurisprudencia la ha señalado a propósito de los concesionarios del alumbrado a gas, cuando la aparición de la electricidad (C.E., 10 de enero de 1902, *Gaz de Deville-lés-Rouen, supra,* Nº 120); ésta ha sido definitivamente formulada para un concesionario de tranvías al que la ciudad concedente, en expansión, exigía la creación de líneas nuevas, por la sentencia del 5 de diciembre de 1907, *Compagnie générale française des tramways* (*supra,* Nº 120).

4º. Si la administración se ha descargado de la gestión del servicio ella conserva sin embargo la responsabilidad respecto a los usuarios y a la opinión; de allí los *controles* muy estrictos, de orden técnico y financiero, que ella ejerce sobre la gestión; y el concesionario está obligado a someterse a ese control.

5º. Estas obligaciones tienen un carácter *personal:* la concesión es acordada *intuitu personae,* por tanto el concesionario no puede ni cederla ni negociarla, salvo autorización.

479.— B. Sanciones. Se encuentran de nuevo aquí los principios expuestos *supra,* Nº 121. Las sanciones previstas en el

contrato son en general, *multas,* secuestro, en el que la administración sustituye provisionalmente al concesionario faltante para asegurar a expensas de éste, la explotación del servicio, y la *caducidad,* que lo priva definitivamente y sin indemnización de los derechos que tenía según el contrato.

Son decididas unilateralmente por el concedente, salvo la caducidad que no puede ser pronunciada sino por el juez. En ausencia de las sanciones previstas por el contrato, las faltas del concesionario a sus obligaciones pueden ser sancionadas siempre, de acuerdo con el derecho común, por daños y perjuicios *(dommages-intérêts)*.

§ 4. Los derechos del concesionario

Estos se vinculan a dos órdenes de ideas:

480.— A. **Derechos correspondientes a la gestión del servicio.** El concedente pone a disposición del concesionario, en virtud del contrato, un conjunto de medios, materiales o jurídicos, que le son necesarios para hacer funcionar el servicio. Pueden ser bienes del dominio privado o público que le están afectados, o privilegios exhorbitantes del derecho común: goza a menudo de un monopolio de derecho, ya que la administración se compromete a no negociar con un competidor e incluso a no facilitar indirectamente la competencia. El concesionario puede incluso gozar de prerrogativas de potestad pública: expropiación por causa de utilidad pública, delegación de poder de policía, por ejemplo, en materia de ferrocarriles, etc.

481.— B. **Derechos pecuniarios.** Estos son los más importantes a los ojos del concesionario, empresario privado que pretende retirar de su gestión los beneficios esperados.

1'. Normalmente, el concesionario se remunera conservando para sí el producto de las *tasas* percibidas de los usuarios como contrapartida por el servicio rendido. Pero las *tarifas* que establecen su monto forman parte de las cláusulas reglamentarias: el concedente conserva el poder de fijar las tarifas, lo que resulta comprensible dadas sus implicaciones económicas y sociales; el concesionario no puede constreñirlo a modificarlas, lo que en período

de inestabilidad económica conlleva el riesgo —a falta de contrapartida— de desequilibrar totalmente la gestión. Sin embargo, este principio tradicional está en regresión: el Estado hoy en día a veces acepta, para aumentar en los concesionarios su sentido de responsabilidad en cuanto a la gestión, de otorgarles el poder tarifario (S.N.C.F., autopistas).

2'. En el marco de la asociación entre concedente y concesionario (*supra*, Nº 474), los contratos prevén frecuentemente, en beneficio del concesionario, otras ventajas financieras, principalmente la garantía de un interés mínimo acordado a sus préstamos por el concedente.

3'. Fuera de las cláusulas formales, el concesionario puede valerse del principio del *equilibrio financiero del contrato*. Común a todos los contratos administrativos, este principio juega en la concesión un rol esencial, dada su larga duración. Este principio concilia en efecto, el interés del concesionario que no ha asumido evidentemente la gestión para arruinarse, y las exigencias inherentes a todo servicio público: continuidad, que podría acarrear la ruina del concesionario, adaptación a las circunstancias, lo que implica el mantenimiento de la autoridad del concedente sobre el servicio. Las dos teorías del *hecho del príncipe y de la imprevisión*, analizadas *supra*, Nº 124 y ss. son sus aplicaciones esenciales. Su combinación lleva a las soluciones prácticas siguientes:

a) El concesionario tiene el derecho a la indemnización *íntegra* de las cargas suplementarias que resulten para él, bien sea del ejercicio, por la colectividad concedente, de su poder de modificar unilateralmente la organización del servicio, o de una medida general dictada por la misma autoridad, cuando esta medida de hecho, se refiere a uno de los elementos esenciales del contrato y afecta de manera especial al concesionario. En estos dos casos el equilibrio financiero, en virtud de la teoría del hecho del príncipe es íntegramente restablecido.

b) El concesionario tiene derecho a una indemnización *parcial* que conduce a una repartición de las cargas con la colectividad concedente, en las proporciones fijadas por el juez, cuando la economía del contrato se encuentra *trastornada:*

— Ya sea por causa de circunstancias económicas imprevisibles;

— Ya sea por decisiones generales de orden económico, social o fiscal, tomadas por la autoridad pública concedente, o por otra autoridad pública. Cuando una modificación impuesta por el Estado a la legislación económica o fiscal trastorna el equilibrio financiero de algunos de sus propios concesionarios, o de algunos concesionarios de colectividades locales, unos y otros pueden dirigirse a su concedente para obtener una indemnización sobre la base de la teoría de la imprevisión. Las colectividades locales concedentes, en este caso, soportan la carga de la indemnización debida a su concesionario sin poder recurrir al Estado, autor de las medidas que han trastornado el contrato (C.E., 1 de julio de 1949, *ville d'Elbeuf*, *D.* 1950, *J.* p. 59).

En todas estas hipótesis el equilibrio financiero no está íntegramente garantizado, ya que, por una parte, es el trastorno del contrato, no el simple déficit, lo que condiciona la indemnización, y que por otra parte, ésta no es íntegra. Se trata, no de garantizar al concesionario una seguridad económica total, ya que, como empresario debe permanecer expuesto a ciertos riesgos, sino de salvarlo de la ruina para salvar el servicio.

§ 5. El contencioso de la concesión

482.— **Reglas generales**. Estas reflejan la complejidad de las situaciones jurídicas nacidas de la concesión, que dependen unas del derecho privado, otras del derecho administrativo.

1°. *Los litigios entre concedente y concesionario* dependen del juez administrativo, ya que se refieren a un contrato administrativo

2°. Los litigios entre el *concesionario y los usuarios* dependen del juez judicial, ya que se refieren a personas privadas; la solución vale, sea cual sea, la posición que se adopte sobre la cuestión controversial de la naturaleza de la situación del usuario en relación con el servicio.

3°. La misma regla vale por la misma razón, en lo que concierne a los litigios entre el *concesionario* y sus *contratantes privados* (proveedores) o terceros.

4°. El concesionario y sus agentes conservan la cualidad de personas privadas y por lo tanto la competencia judicial se aplica a los litigios relativos tanto al *régimen interno de la empresa* concesionaria (por ejemplo: relaciones de la sociedad con sus accionistas) como a sus *relaciones con sus asalariados.*

5°. La competencia administrativa reaparece para los litigios que pueden oponer a los *usuarios con la autoridad concedente.* Es sabido que los usuarios pueden exigir a la autoridad concedente usar sus poderes para obligar al concesionario a respetar las reglas de organización del servicio; si ella se niega ellos pueden atacar su decisión por la vía del recurso por exceso de poder (C.E., 21 de diciembre de 1906, *Syndicat du quartier Croix de Seguey, Gr. Ar.*, p. 68), o cuestionar su responsabilidad.

6° La competencia administrativa reaparece igualmente para aquellos actos de alcance general dictados por el concesionario y que conciernen al régimen del servicio, y que a ese título se les atribuye el carácter de reglamentos administrativos (T.C., 15 de enero de 1968, *Epoux Barbier, supra,* N° 66).

§ 6. El fin de la concesión

483.— **Las diversas hipótesis.** 1° Normalmente, la concesión termina cuando la duración para la cual fue instituida, expira; sin embargo, ella puede ser renovada.

2°. Puede terminar antes de esta fecha por la *caducidad del concesionario,* pronunciada por el juez en caso de falta muy grave, a petición del concedente.

3°. El concedente, en aplicación de la teoría general de los contratos administrativos, puede siempre, si estima que el interés general lo exige, y sin falta del concesionario, poner fin a la concesión, ya sea para suprimir el servicio, o para administrarlo por otro método. Es el *rescate (rachat)* de la concesión.[6] En este caso, el concesionario tiene el derecho a indemnización por el daño que sufre por ese hecho.

---

[6] Lecomte: *Le rachat des concessions,* tesis, París, 1942.

4'. Puede suceder que las circunstancias hagan definitivamente deficitario, sin esperanza de recuperación, la explotación del servicio, principalmente cuando éste no responde más a las necesidades del público. En este caso, es inútil prolongar el juego de la teoría de la imprevisión, creada para permitir al concesionario soportar un déficit temporal hasta el restablecimiento previsible de una situación normal. Cada una de las dos partes, a falta de acuerdo amigable, puede pues, pedir al juez, pronunciar la rescisión de la concesión. Es la solución consagrada por la sentencia del 9 de diciembre de 1932, *Tramways de Cherbourg* (*Gr. Ar.*, p. 211).

CAPITULO III

Establecimiento público y la empresa pública

Sección I. Evolución

484. — A. **La concepción clásica del establecimiento público.**[7] 1° *Definición*. La definición del establecimnento público, tal como ha sido planteada en la segunda mitad del siglo pasado, después de un largo período de incertidumbre en que la expresión designaba indiferentemente a personas públicas y a personas privadas de interés general, se vincula a tres elementos: el establecimiento público es una *persona moral;* es una persona de *derecho público;* tiene por objeto *la gestión de un servicio público.*

Al lado de las personas públicas que corresponden a una colectividad, departamentos y comunas, y que constituyen la descentralización territorial, el establecimiento público, persona pública encargada de una actividad especializada, es el instrumento de la *descentralización por servicio* (*supra,* N° 322). Cuando aparece que la gestión de un servicio estaría mejor asegurada si se individualiza y se dota de una cierta autonomía jurídica, financiera y administrativa, es el procedimiento del establecimiento público el que se utiliza.

2°. *Aplicaciones*. En la concepción inicial, el otorgamiento de personalidad a un servicio responde a dos motivos: permitirle gozar de la generosidad privada que suscita su finalidad caritativa o cultural, recibiendo donaciones o legados (hospicios, hospitales, oficinas de beneficencia convertidos recientemente en oficinas de

[7] Sobre el conjunto del capítulo: Flutre: *Essai sur la notion d'établissement public,* tesis, Lyon, 1945; Drago: *Les crises de la notion d'établissement public,* tesis. Paris, 1948; Connois: *La notion d'établissement public,* 1958; J. Chevallier "La place de l'établissement public en droit administratif", *Annales Fac. Droit Amiens,* 1972, N° 3; J. P. Théron· "Recherche sur la notion d'établissement public", 1976. *Cf.* también el importante informe del Consejo de Estado, *La réforme des établissement publics,* Doc. Fr., 1971.

ayuda social), y asegurarle, respecto a la jerarquía, una cierta autonomía, como garantía de la libertad intelectual que exige su misión (establecimientos de enseñanza superior y secundaria). Luego de 1919 aparece la preocupación de flexibilidad, por la personalización, los métodos administrativos: los establecimientos creados en ese momento toman a menudo el nombre de *oficio (office),* que no tiene, por cierto, ninguna significación jurídica, o por lo menos, una equivalente a la de *agencia* en voga desde algunos años.

3°. *Régimen.* Mientras que las personas territoriales del mismo tipo, departamentos y comunas, están sometidas al mismo régimen legislativo, cada establecimento público, o cada categoría de establecimientos públicos (las universidades, las oficinas de ayuda social), tienen su régimen jurídico definido por un texto particular. Sin embargo, las diferencias que los separan no son tan importantes y un cuerpo de reglas comunes ha podido ser definido, sea cual sea el objeto del establecimiento público. Estas reglas han sido deducidas por la jurisprudencia, la doctrina y la práctica administrativa, de los dos elementos de la definición señalada anteriormente: la cualidad de persona pública y la gestión de un servicio público. De ello resulta que el régimen aplicable es esencialmente *un régimen de derecho público:* en principio, el establecimiento público está regido, en cuanto a su organización y a su funcionamiento, por el derecho administrativo, y su contencioso depende del juez administrativo. La categoría de los establecimientos públicos posee pues, desde el punto de vista jurídico, una homogeneidad cierta.

4°. *Alcance.* En el período considerado, que se termina hacia 1940, el derecho no conoce otros tipos de personas públicas que las personas territoriales y los establecimientos públicos: toda persona pública que no es ni departamento, ni comuna, pertenece, pues, necesariamente, a la categoría del establecimiento público.

485.— B. La desagregación de la concepción clásica. Esta homogeneidad de la noción de establecimiento público no ha resistido el desarrollo y la diferenciación de las actividades de las personas públicas, principalmente en el orden económico. Si el otorgamiento de la personalidad moral y de la autonomía finan-

ciera no es absolutamente indispensable para los servicios industriales y comerciales (existen como hemos visto, empresas comerciales públicas constituidas "en régie" - gestión directa), ello facilita sin embargo, en forma singular, su gestión. Ahora bien, conferir la personalidad moral a estos nuevos servicios era hacer de ellos establecimientos públicos, ya que no se conocía en esa época, otro tipo de persona pública no-territorial. Por otra parte, la ausencia de un régimen legislativo del establecimiento público permitía introducir en el régimen de los nuevos establecimientos, todas las adaptaciones necesarias para su actividad.

Este movimiento se tradujo en una evolución que afectó los tres aspectos de la noción de establecimiento público señalados anteriormente: en primer lugar el *régimen jurídico* del establecimiento público, que se ha diferenciado hasta el punto de perder toda homogeneidad; luego, su *definición* misma se encuentra cuestionada; y en fin, su *alcance,* transformado por la aparición de nuevos tipos de personas públicas distintas del establecimiento público.

486.— 1' La diferenciación del régimen. Los regímenes de los primeros establecimientos industriales y comerciales, al mismo tiempo que se orientaban hacia la gestión económica, permanecían, en su conjunto, compatibles con los principios de derecho administrativo aplicables a todos los establecimientos públicos. Pero a medida que crece la importancia de los establecimientos públicos industriales, las necesidades de su inserción en una economía nacional regida por el derecho privado conducen al legislador a acercar aún más su régimen al de las empresas privadas similares. En esta vía, la etapa decisiva fue franqueada con las *nacionalizaciones* ocurridas después de la Liberación: para mantener en las empresas nacionalizadas el dinamismo indispensable a su objeto, se quiso sustraerlas al máximo de la rigidez de los métodos administrativos y hacerlas vivir en un clima de derecho privado.

Desde entonces, bajo el nombre —mantenido— de establecimiento público el legislador creó personas públicas cuyo régimen jurídico totalmente orientado hacia la actividad comercial, escapa casi por entero a las reglas vinculadas hasta entonces con la calificación de establecimiento público.

487. — 2° La desagregación de la definición. La definición clásica se caracterizaba por un elemento *positivo* —el establecimiento público administra un *servicio público*— y un elemento *negativo:* es una persona moral *no territorial.* Ahora bien, la evolución ha minado progresivamente esos dos elementos.

a) *Establecimiento público y servicio público.* Incluso en el período clásico, el vínculo entre las dos nociones no era constante, la cualidad de establecimiento público había sido reconocida a las *asociaciones sindicales de propietarios,* agrupaciones creadas por particulares con miras a efectuar a expensas comunes, sobre sus propiedades, trabajos de interés general (defensa contra inundaciones, saneamiento o drenaje, irrigación), cuya ejecución no constituye evidentemente un servicio público (T. C., 9 de diciembre de 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac, Gr. Ar.,* p. 31). Igualmente, si las *Cámaras de comercio,* establecimientos públicos que reúnen a los comerciantes de una misma circunscripción, pueden eventualmente administrar servicios públicos (escuelas de comercio, aeropuertos), su objeto normal es el estudio y la defensa de los intereses profesionales, que no son el objeto de un servicio público.

Durante largo tiempo se ha admitido que no se trataba sino de simples excepciones. Pero éstas se han ido multiplicando. El legislador ha calificado como establecimientos públicos a empresas económicas cuya actividad, idéntica a la de las empresas privadas, puede difícilmente considerarse como la ejecución de un servicio público, aunque la ley del 31 de julio de 1963 relativa al derecho de huelga de los agentes públicos (*supra,* Nº 463), creyó poder proceder a esta asimilación sobre este punto particular: así la *Empresa Minera y Química* (Decreto del 20 de setiembre de 1967), establecimiento público industrial y comercial nacido de la fusión de Minas demaniales de Potasio de Alsacia y el Oficio nacional industrial del nitrógeno, que produce esencialmente fertilizantes químicos; así también la explotación de las minas de hulla, confiada luego de su nacionalización a órganos de gestión, *les Houillères de bassin,* y a un órgano coordinador, *les Charbonnages de France,* calificados como establecimientos públicos, sin que exista en la extracción del carbón, algún elemento de servicio público que falte en la del hierro.

Existe, pues, actualmente, *establecimientos públicos que no administran un servicio público.*

En sentido inverso, la jurisprudencia más reciente niega la cualidad de establecimiento público a personas morales que administran un servicio público bajo un estricto control de la administración, aunque su régimen contenga prerrogativas y sujeciones derogatorias del derecho común (T.C., 20 de noviembre de 1961, *Bourget, D.* 1962, p. 389, nota de A. de Laubadère; C.E., 4 de abril de 1962, *Chevassier, D.* 1962, p. 327). La disociación entre servicio público y establecimiento público es pues profunda.

b) *Establecimiento público y colectividades territoriales.* El vínculo entre las dos categorías de personas públicas se establecía por las asociaciones de colectividades públicas: sindicatos de comunas (*supra,* Nº 403) y alianzas interdepartamentales que tenían el carácter de establecimiento público (*supra,* Nº 424). Pero estos organismos, dado su objetivo —la gestión en común de uno o varios servicios públicos— responden, según la definición clásica, a la calificación de establecimiento público que les da la ley. La situación es diferente con los *distritos,* las *comunidades urbanas* y la *región* (*supra,* Nos. 404, 405 y 425), que se acercan singularmente, aunque sean calificados de establecimientos públicos a las colectividades territoriales preexistentes en la medida en que corresponden, como ellas, a una comunidad humana localizada, y en que tienen como ellas vocación para administrar servicios muy diversos, contrariamente a la regla de especialización que se impone a los establecimientos públicos tradicionales. Se puede, pues, hablar en adelante, de una categoría nueva de establecimientos públicos: los establecimientos públicos territoriales (*supra,* Nº 377).[8]

c) Al final de esta evolución, resulta imposible conservar la definición clásica. Pareciera que el legislador abandonando esta defineión, aplicara indiferentemente la calificación de establecimiento público a cualquier persona pública distinta del departamento o la comuna, haciendo de ella, en cierta forma, el comodín de la categoría de personas públicas: una calificación que sirve

[8] A. de Laubadére: "Vicissitudes actuelles d'une distinction classique: établissement public et colectivité territoriale", *Mélanges, Couzinet,* 1975, p. 411.

para todo, no aportando ninguna precisión sobre la naturaleza y el régimen de la persona a la que se aplica.

488.— 3' La aparición de nuevas categorías de personas públicas. El legislador en algunas ocasiones, ha renunciado sin embargo, por diversas razones, a calificar de establecimiento público a personas creadas por él en vista de una actividad de interés general. Fue el caso en primer lugar, de los *comités de organización y las órdenes profesionales* creadas por el régimen de Vichy; los textos les conferían personalidad, pero sin especificar su naturaleza. El Consejo de Estado (sentencia *Monpeurt* y *Bouguen, supra,* Nº 41, *infra,* Nº 509) ha afirmado el carácter de servicio público de la actividad que ellos ejercían, pero ha rechazado ver en ellos establecimientos públicos. Esta actitud ha recibido dos interpretaciones: algunos, fieles a la idea clásica de que no hay otra persona pública que las colectividades territoriales y los establecimientos públicos, han concluido que los comités y las órdenes, al no entrar en ninguna de esas categorías, no podían ser sino personas privadas; pero la tesis más admitida generalmente hoy en día es que se trata de personas públicas de un nuevo tipo. Esta tesis se encuentra confirmada por el hecho que, en otros campos, el legislador ha igualmente rechazado la calificación de establecimiento público a ciertas empresas creadas por él y que no se pueden considerar como personas privadas: es principalmente el caso de la Régie Renault o de la Agencia France-Presse.

Finalmente si algunas empresas nacionalizadas han recibido como hemos visto, la calificación de establecimiento público (Minas de carbón, Minas de hulla, Electricidad y Gas de Francia), otras han conservado el régimen de sociedad anónima (bancos, compañías de seguros); luego, el legislador ha dotado de ese régimen a empresas públicas de orden económico, bajo el nombre de *sociedades de Estado* o *sociedades nacionales.*

489.— C. Los resultados de la evolución. 1º La calificación de establecimiento público ha perdido poco a poco todo valor jurídico: no implica ya necesariamente, ni una actividad de servicio público, ni una distinción fundamental en relación a las personas territoriales; no suministra sino pocas precisiones sobre el régimen jurídico del organismo. Todo lo que permite deducir es

el carácter de *persona pública* del organismo considerado, de lo que deriva un control ejercido sobre él por una autoridad de tutela y su subordinación a *ciertas reglas de derecho público*. Pero el grado de esta subordinación es esencialmente variable: total para los establecimientos públicos clásicos, y reducida a un mínimo para algunos establecimientos comerciales, comparable con el de las empresas privadas de interés general.

2º Existe, sin embargo, dos reglas importantes común a todos los establecimientos públicos. La primera deriva del artículo 34 de la Constitución, que confiere al legislador la competencia para "*la creación de categorías de establecimientos públicos*". Una ley es, pues, necesaria para crear tal categoría: luego se ha precisado:

— Que un establecimiento público nuevo, sin equivalente, constituía, aunque fuese único, una categoría, y no podía ser creado sino por la ley; es lo que ha confirmado la intervención del legislador en la creación de la Oficina de la Radiodifusión y Televisión francesa (Ley del 27 de junio de 1964).[9]

— Que la creación incluye la determinación de las reglas esenciales llamadas a regir la categoría (Consejo Constitucional, 27 de noviembre de 1959, *D.* 1960, p. 518, nota de L. Hamon).

El poder ejecutivo puede entonces, solamente crear un nuevo establecimiento en una categoría ya existente (por ej., una nueva Cámara de Comercio).

La segunda regla común es el *principio de especialidad,* en virtud del cual ese establecimiento público, a diferencia de la colectividad territorial, tiene su actividad limitada a un fin preciso, aquel que guió su creación, es decir, normalmente, a la gestión de un servicio. Pero, tratándose de establecimientos públicos territoriales, llamados a administrar servicios diversos, y de establecimientos industriales y comerciales que, principalmente por su participación en otras empresas, diversifican su acción fuera de su campo de origen, el principio pierde mucho rigor.

3º La desagregación de la noción condujo a ciertos autores a distinguir entre los establecimientos públicos, aquellos que corres-

[9] Sobre la noción de "categoría de establecimiento público", confróntese nota Ph. Comte, en C.E., 10 de mayo de 1972, *D.*, 1973, *J.*, p. 353.

pondan a un grupo humano preexistente (Cámara de Comercio, de Agricultura, establecimientos territoriales) y aquellos cuya fundación no tiene otra finalidad que la de otorgar, la personalidad moral a un servicio. Los primeros conjuntamente con las colectividades locales integrarían la nueva categoría de personas jurídicas de carácter *corporativo*, las segundas constituirán la categoría de personas públicas de carácter *fundativo*.[10] Pero este análisis, si se toma en cuenta algunas soluciones del derecho positivo, le es en lo esencial extraño.

4º El derecho positivo, en efecto, sigue dominando por la distinción, ya tradicional, entre *establecimientos públicos administrativos* y *establecimientos públicos de carácter industrial y comercial*. Los primeros corresponden a servicios administrativos o incluso a servicios cuyo carácter económico no está plenamente desarrollado, es a ellos y sólo a ellos que se aplican en adelante el conjunto de reglas antes comunes a todos los establecimientos públicos. Ellos serán el objeto de la Sección II.

Pero es posible preguntarse si la relativa unidad de esta categoría no queda en adelante comprometida con la aparición, en la ley de orientación de la enseñanza superior del 12 de noviembre de 1968, de la categoría de *establecimientos públicos de carácter científico y cultural* que se aplica a las personas morales previstas por la ley, universidades y eventualmente unidades de estudio y de investigación.[11]

5º En cuanto a los establecimientos públicos industriales y comerciales, los más avanzados en la sumisión al derecho privado, pertenecen en adelante a una nueva categoría jurídica, la de las *empresas públicas*, que reagrupa con ellos a las empresas industriales a las que la calificación de establecimiento público ha sido rechazada (Régie Renault), y las sociedades del Estado. Sean cuales sean las diferencias que separan a estas empresas, existen entre ellas, desde el punto de vista de su régimen jurídico, bastantes

[10] L. Constans: *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, 1966.

[11] Otra variante en la calificación· el establecimiento público, científico y técnico con carácter industrial y comercial (Commissariat de la Energie Solaire, decreto del 9 de marzo de 1978). Aquí, el carácter industrial y comercial parece predominar.

características comunes como para que podamos englobarlas bajo una misma denominación. La Sección III será dedicada a esta categoría nueva.

SECCIÓN II. El establecimiento público clásico

§ 1. Caracteres generales

Estos se deducen de la definición dada *supra*, Nº 484.

490.— A. **El establecimiento público es una persona moral.** Posee todos los atributos que de ello deriva: la cualidad de sujeto de derecho, que conlleva la constitución de un patrimonio, la autonomía financiera, y una cierta independencia en la gestión de sus asuntos.

491.— B. **Es una persona moral de derecho público.** Esta solución capital no se impuso sino progresivamente; en la primera mitad del siglo XIX, la calificación de establecimiento público era indiferentemente dada a personas morales, privadas, reconocidas como de utilidad pública en razón de su carácter de interés general y a las personas públicas; progresivamente la calificación fue reservada a las segundas por la jurisprudencia y la ley, y las primeras formaron la categoría de los *establecimientos de utilidad pública*. Las dos nociones son, pues, bien distintas; sólo queda aplicarlas a la realidad, es decir, desprender los caracteres que permitan decir, en presencia de una persona moral determinada, si se trata de un establecimiento público, persona pública, sometida entonces en principio, al derecho público y a la competencia administrativa, o si se trata de un establecimiento de utilidad pública, persona que conserva su carácter privado a pesar del reconocimiento de utilidad pública del que ha gozado, y que depende entonces por ello del derecho privado y del juez judicial.

1º El problema es clásico. No se plantea con respecto de las personas morales a las que un texto ha expresamente definido su naturaleza, reserva hecha de los casos en que el texto no basta para solucionar la cuestión, ya que pertenece a una época anterior a aquella en que la calificación de establecimiento público recibió su sentido preciso; es necesario en este caso precisar la naturaleza

verdadera del establecimiento. Sucede igual cuando los textos no han calificado a la persona moral en causa: le corresponde entonces al juez proceder a calificarla, interpretando la voluntad del legislador.

En la práctica la confusión se facilita por el hecho de que la iniciativa privada y la acción administrativa se ejercen a menudo de manera paralela, principalmente en materia social: un dispensario, un hospicio, una caja de ahorros, pueden provenir igualmente de una como de la otra; el problema entonces es determinar mediante qué signos reconocer, entre dos organismos que persiguen el mismo objeto, ¿cuál es el establecimiento público y cuál el establecimiento de utilidad pública?

2' Ningún criterio ha resultado por sí solo absolutamente determinante:

—ni *el origen:* en principio, el establecimiento público es creado por una persona pública y el establecimiento de utilidad pública resulta de la iniciativa privada. Pero un establecimiento público es a veces continuación de un establecimiento inicialmente privado (ejemplo: Instituto de Estudios Políticos de París, que sucedió a la Escuela Libre de Ciencias Políticas), y ocurre que la autoridad pública confiere, a una persona que ha creado, el carácter de establecimiento de utilidad pública (ej.: Fundación Nacional de Ciencias Políticas);

—ni el *grado de subordinación del establecimiento a la autoridad pública,* ya que sus intervenciones, respecto a los establecimientos de utilidad pública, sometidos a mayor control, se asemejan a la tutela que ella ejerce sobre los establecimientos públicos más descentralizados;

—ni la posibilidad para el establecimiento de ejercer *prerrogativas de potestad pública:* normalmente vinculadas al establecimiento público, estas prerrogativas, en efecto, son a veces conferidas a establecimientos de utilidad pública (*supra,* Nº 468 y ss.).

3' Pero la convergencia, en el régimen de un establecimiento, de varios de estos elementos, de los cuales ninguno aislado es criterio cierto, permite determinar su pertenencia a la categoría de establecimiento público o a la de establecimiento de utilidad pública. Es este método fundado en el *examen global del régimen,*

el que utiliza la jurisprudencia (C.E., 21 de junio de 1912, *Pichot, Rec.*, p. 711; 20 de junio de 1919, *Bricat, Rec.*, p. 535; 27 de febrero de 1942, *Mullet y otros, Rec.*, p. 64, a propósito de la Ciudad Universitaria); este método deja, sin embargo, lugar a muchas incertidumbres (*Cf.* la jurisprudencia citada *supra*, Nº 487).

492. — C. **Es una persona moral que asume la gestión de** un servicio público. 1' Es esta característica la que distingue el establecimiento público de las *personas públicas territoriales*, cuyo campo de acción se extiende al conjunto de asuntos locales. El establecimiento público, en cambio, es una persona especializada: su competencia se limita a la ejecución del servicio que le es asignado; el *principio de la especialidad* (*supra*, Nº 36) se aplica a él de manera particularmente estricta. Sin embargo, este carácter se atenúa en el caso de los nuevos establecimientos públicos territoriales (*supra*, Nº 487, b).

2' Este elemento de la definición, por otra parte, da al procedimiento su verdadero significado: el establecimiento público es un *procedimiento de organización de servicios públicos*. Mientras que la descentralización territorial corresponde a la existencia de colectividades vivientes, la descentralización por servicio es un método administrativo que la autoridad pública utiliza por razones técnicas; es la razón por la cual la elección por los interesados de los órganos directivos de la persona moral, esencial en la descentralización territorial, es en cambio excepcional en materia de establecimiento público. Es también la razón por la que la política seguida en materia de establecimiento público es esencialmente variable: según que un gobierno sea sensible a las ventajas del procedimiento —mayor flexibilidad en la acción administrativa—, o a sus peligros administrativos —dispersión, debilitamiento de la autoridad central, "desmembramiento de la organización" activamente denunciados desde 1963 por la Corte de Cuentas— y sobre todo a sus peligros financieros —atentados graves a la unidad presupuestaria—, él tendrá tendencia a multiplicar o a suprimir los establecimientos públicos. La tendencia multiplicadora parece hoy en día prevalecer.

3' Ya se ha indicado que, incluso para los establecimientos públicos del tipo tradicional, este elemento de la definición admite

excepciones, ya que algunos de ellos no corresponden a un servicio público, sino a actividades privadas de interés general (Asociaciones sindicales de propietarios (C. E., 9 de diciembre de 1899, *Association syndicale du canal de Gignac, Gr. Ar.,* p. 31), o a intereses privados colectivos (cámaras de comercio, de agricultura, de oficios). Su régimen permanece, sin embargo, sometido por igual a las reglas comunes para todos los establecimientos públicos del tipo clásico.

§ 2. Régimen jurídico

493.— A. Caracteres generales. 1' Cada establecimiento público, bien sea que constituya un tipo único (Caja de depósitos y consignaciones) o una categoría de establecimientos públicos (las cámaras de comercio, las cajas de crédito municipal), tiene su régimen definido por un texto que le es propio. Pero un cuerpo de reglas comunes se desprende de esta multiplicidad de estatutos.

2' El establecimiento público clásico está sometido al *derecho administrativo* y a la competencia del *juez administrativo;* las excepciones no aparecen sino con respecto de los establecimientos públicos industriales y comerciales.

3' Todos los establecimientos públicos dependen en principio de una *persona territorial:* ya sea del Estado, si su actividad abarca todo el territorio nacional (Office national interprofessionnel des céréales), o incluso limitada territorialmente, pero que presente un interés para toda la nación (universidades); ya sea del departamento o de la comuna (oficinas de ayuda social). Los establecimientos públicos son nacionales, departamentales o comunales; esta vinculación determina en parte la autoridad de tutela.[12]

La regla no tiene excepciones, sino para las cámaras de comercio.

494. — B. Régimen administrativo. 1' Creación. La creación está sometida a la regla constitucional estudiada, *supra,* Nº 489 y común a todos los establecimientos públicos, que reserva al legislador la determinación de las reglas concernientes a la *creación de categorías de establecimientos públicos.*

[12] Douence: "Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale", *A.J.D.A.,* 1971, p. 4.

2° *Organización*. Esta se caracteriza por un *cierto grado de autonomía*. El establecimiento público escapa en principio a la subordinación jerárquica; está dotado de órganos propios que lo administran con poder de decisión, bajo control de tutela.[18]

Frecuentemente, estos órganos son una asamblea deliberante y un agente ejecutivo. La composición de la asamblea, que toma a menudo el nombre de consejo de administración, varía considerablemente: funcionarios, representantes de intereses privados, a veces del personal, o de los usuarios, personalidades calificadas por su competencia, etc. El modo de designación varía también: nombramiento por el poder central, designación por los organismos representativos, a veces elección en los casos excepcionales en que el establecimiento tiene en su base, una comunidad organizada (Cámaras de comercio, universidades). El régimen del personal ejecutivo es igualmente, muy variable: a menudo nombrado (directores de liceos), a veces designado en base a presentación del órgano deliberante, lo que equivale a una elección, a veces incluso elegido (Presidente de la Universidad).

La repartición de poderes entre los dos órganos varía, al igual que el grado de tutela aplicable a sus actos; pero en todo estado de causa, ésta permanece muy estricta.

3° *Funcionamiento*. Es el derecho administrativo el que se aplica. Por regla general, el establecimiento público dispone de prerrogativas de potestad pública. Sus órganos adoptan decisiones ejecutorias, realizan contratos administrativos (salvo el recurso al contrato de derecho privado) ; su personal está compuesto por agentes públicos, sus obras se efectúan bajo el régimen de obras públicas, su responsabilidad está comprometida según las reglas del derecho administrativo.

495.— C. Régimen patrimonial y financiero. El establecimiento público dispone de un patrimonio propio, lo que le permite recibir donaciones y legados, que pueda provenir de los particulares por su objeto caritativo o cultural —salvo si están gravados por una carga extraña a su especialidad— puede retener los

---

[18] De allí, el carácter paradójico de los textos, que, al crear un establecimiento público, lo sitúan "bajo la autoridad" y no bajo la tutela del ministro, lo que va al encuentro de la noción de persona decentralizada.

ingresos provenientes de su actividad, y recibir subvenciones de las colectividades públicas.

El órgano deliberante vota anualmente el *presupuesto;* en la medida de sus recursos, éste debe prever todos los gastos del establecimiento. En la práctica, el grado de autonomía real varía según sus recursos; sucede con frecuencia que éstos están constituidos en mayor parte por subvenciones del Estado; en este caso, la autonomía financiera no es sino una fachada. La ejecución del presupuesto está sometida a todas las reglas de la contabilidad pública.

§ 3. Modalidades

496. — Establecimientos públicos administrativos, científicos y culturales, industriales y comerciales. 1° El régimen que acabamos de analizar se aplica íntegramente a los establecimientos públicos *administrativos.* Esta categoría comprende en primer lugar a todos aquellos que corresponden a un servicio público sin carácter industrial o comercial. Son sumamente variados: servicios sociales (Asistencia Pública de París), servicios que interesan a la salud pública (hospitales), protección del ambiente (Oficina de Conservación del espacio litoral, Agencia nacional para la recuperación de los desechos), servicios culturales (Reunión de museos nacionales, Teatro Nacional de la Opera, Centro nacional de la cinematografía, Centro Nacional de Arte y de Cultura Georges-Pompidou, etc.), servicios financieros (Caja de depósitos y consignaciones, cajas de ahorros, etc.), etc. Figuran igualmente aquí los establecimientos públicos que reúnen a varias colectividades locales (sindicatos de comunas, distritos urbanos, etc., y aquellos que corresponden a intereses privados colectivos (asociaciones sindicales de propietarios, cámaras de comercio, de agricultura, etc.).

2° Pero es necesario poner aparte, en el seno de la categoría precedente, a los *establecimientos públicos de carácter científico y cultural* de la ley del 12 de noviembre de 1968.[11] Tres características les son propias: en primer lugar, ellos elaboran por sí mismos sus estatutos en lugar de recibirlos de la ley o del reglamento, que

---

[11] A. de Laubadère: "La loi d'orientation de l'enseignement supérieur et l'autonomie des Universités", *A.J.*, 1969, p. 3.

no trazan sino el marco general; por otra parte, la elección por los interesados, profesores y estudiantes, sobre una base paritaria, se aplica a la designación de sus consejos, quienes eligen a su vez, a su presidente, según el principio de la cogestión; finalmente, las reglas de tutela están teóricamente aligeradas, principalmente desde el punto de vista financiero.

3' Los establecimientos públicos comprometidos en actividades económicas, escapan aún más a estas reglas. Según las exigencias de su misión, su régimen financiero está sustraído de los principios de la contabilidad pública; el recurso a los procedimientos de derecho privado les está ampliamente abierto. De ello resulta una gama de estatutos extremadamente extensa, según la parte respectiva más o menos amplia del régimen de derecho administrativo y de los procedimientos de la gestión privada. Tal era el caso de la Oficina de investigaciones del petróleo, órgano de coordinación de la política petrolera francesa, que si bien, no tiene el estatuto de establecimiento industrial o comercial, tenía por misión esencial participar en las sociedades petroleras, según los procedimientos del derecho comercial: fue fusionado por decreto del 17 de diciembre de 1965, con la Administración autónoma de petróleos (*Régie autonome des pétroles*), en el marco de la ERAP (empresa de investigaciones y actividades petroleras), que sí constituye un establecimiento público industrial y comercial. Estas situaciones intermedias, en las que el establecimiento público permanece ampliamente sometido al derecho administrativo, conducen, por una serie de transiciones, a los establecimientos públicos en cuyo régimen jurídico la parte del derecho privado adquiere tanta importancia que la calificación dada por el legislador se vacía poco a poco de todo contenido jurídico, y lo coloca dentro de la categoría de las empresas públicas.

4' Sin embargo, no es posible confiar plenamente en la calificación dada por el texto. El Tribunal de Conflictos, en presencia de un organismo al que un decreto había conferido la cualidad de establecimiento público de carácter industrial y comercial, descartó esta calificación y reconoció al establecimiento un carácter puramente administrativo, en vista de su misión y de sus modos de acción (T.C., 24 de junio de 1968, *Ste. Distilleries Bretonnes c. FORMA, A.J.*, 1969, p. 311).

SECCIÓN III. Las empresas públicas

Aunque los límites de esta noción están aún mal definidos, ella engloba definitivamente un conjunto de reglas suficientemente importantes como para que sea necesario dar una visión sintética. El legislador ha tratado de precisarla; varios proyectos de estatuto general de empresas públicas han sido elaborados, pero ninguno ha sido adoptado formalmente.[15] Sin embargo, han permitido al menos circunscribir la materia: por *empresas públicas*, se entiende aquellas *empresas industriales y comerciales, que escapan a la apropiación por el capital privado, y que dependen, en última instancia, de la autoridad del Estado.*[16]

§ 1. Orígenes

497.— Empresas públicas y empresas nacionalizadas. La empresa pública puede ser creada directamente por el Estado. Ese fue el caso de la Oficina nacional industrial del nitrógeno (Office national industriel de l'azote) o de la Administración autónoma de petróleos (Régie autonome des pétroles). Puede originarse también de la fusión de varias empresas públicas preexistentes: así, la E.R.A.P. (Decreto del 17 de diciembre de 1965), y la Empresa minera y química (Decreto del 20 de setiembre de 1967), en el marco de la tendencia a la concentración común de toda la industria. Pero de hecho, las empresas públicas más importantes son antiguas empresas privadas, a las que la operación de *nacionalización* transformó el estatuto jurídico. Este origen pareció, durante un cierto tiempo suficientemente característico como para que las empresas nacionalizadas fuesen consideradas como una categoría distinta; pero, a medida que nos alejamos del período de las nacionalizaciones, surgidas a raíz de la liberación, el particularismo

---

15 Luchaire: "Le statut des entreprises publiques", *Dr. Soc.*, 1947, p. 243; Virally: "Le proyet de loi portant statut général des entreprises publiques", *Rev. Adm.*, 1950, p. 355.

16 Delion *L'État et les entreprises publiques*, tesis, París, 1957; Diversos: "La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique", *Archivos de filosofía del derecho*, número especial, 1952; Chenot: "Les paradoxes de l'entreprises publique", *Revista Francesa de Sociología Política*, 1955, p. 725; Robin: "Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques", *R.D.P.*, 1957, p. 830; Delion: "Les nouvelles conceptions sur les entreprises publiques", *A.J.*, 1967, p. 379. "La notion d'entreprise publique", *A.J.*, 1979, Nº 4, p. 3; F. Chevallier: *Les entreprises publiques en France*, 1979.

de las empresas que aparecieron en este período, tiende a desaparecer: los problemas que ellas plantean son idénticos a los de las empresas públicas creadas directamente, y reciben las mismas soluciones. Es necesario, sin embargo, precisar los caracteres de la operación de nacionalización, que continúa siendo el principal modo de creación de una empresa pública.

498.— La operación de nacionalización.[17] 1º *Definición*. La nacionalización tiene por objeto transferir a la colectividad nacional la propiedad de una empresa o de un grupo de empresas privadas, con el fin de sustraerlas a la dirección capitalista, y de organizar su gestión según las exigencias del interés general.

Esta definición pone de relieve:

— La *naturaleza de la operación:* es una forma de *expropiación,* una desposesión a los particulares en beneficio de la colectividad.

— Su *objeto:* mientras que la expropiación tradicional recae sobre los inmuebles, la nacionalización se realiza sobre *empresas,* es decir, sobre unidades económicas de producción, con todos los bienes y derechos que las componen y las cargas y obligaciones que comportan...

— Su *inspiración.* Esta es doble; la nacionalización procede ante todo de una *hostilidad respecto al capitalismo privado,* y de la voluntad de dar, a la gestión, otro móvil distinto a la búsqueda del lucro económico. Pero la escogencia de la palabra *nacionalización* testimonia otra preocupación: la voluntad de evitar la *estatización,* entendiendo por esto, la aplicación a la empresa de los métodos administrativos tradicionales. Se cita a menudo la fórmula: "nacionalizar no es estatizar". La nacionalización excluye, pues, *a priori,* la sumisión de la empresa al derecho administrativo, y tiende a mantenerla en un marco de derecho privado.

499.— 2º Modalidades. La operación de nacionalización plantea numerosos problemas de fondo y de técnica jurídica que han

---

[17] Rivero: *Le régime des nationalisations,* 1948; Chenot: *Les entreprises nationalisées,* 1956; 3er Coloquio de las Facultades de Derecho, *Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France,* 1956; Vedel: "La technique des nationalisations", *Dr. Soc.,* 1946, p. 49; Katzarov: *Théorie de la nationalisation,* 1960.

recibido soluciones variables. Si el principio mismo de la *indemnización* a los capitalistas desposeídos no se ha descartado sino en caso en que la nacionalización se presentaba como la sanción a actuaciones antinacionales (empresa Renault), las modalidades de esta indemnización han variado. En cuanto a la técnica de la *transferencia de propiedad,* ésta ha tomado dos formas principales, según que el Estado quiera conservar la persona moral que constituye la base jurídica de la empresa capitalista (Bancos, Seguros) o confiar las empresas nacionalizadas a una persona moral nueva (Electricidad, Gas, Carbón), pudiendo acompañarse entonces la nacionalidad de una concentración y de una reorganización del respectivo ramo. En el primer caso, el procedimiento utilizado ha sido la compra por el Estado de las acciones de la sociedad: siendo el sólo accionista, se convertía entonces en el dueño de la empresa. En el segundo caso la transferencia de la propiedad, se realiza no sobre las acciones, sino directamente sobre los bienes, derechos y obligaciones; las empresas desposeídas son liquidadas; los establecimientos creados para sucederlas son puestos en posesión de su activo y asumen la carga de sus obligaciones, bajo ciertas reservas.

500.— 3º Aplicaciones En el pasado, dos series de nacionalizaciones se sucedieron con diez años de intervalo.[18]

Las efectuadas, en 1936, por el gobierno del Frente Popular, no responden sino imperfectamente a la definición precedente: se ha estimado, en esta época, que el mantenimiento de una fracción de capital privado en la empresa era aceptable, siempre que el Estado, mayoritario, fuese el director de la gestión. También las nacionalizaciones efectuadas entonces (grandes compañías de ferrocarriles, construcciones aeronáuticas) condujeron a la constitución no de empresas públicas propiamente dichas, sino de empresas de economía mixta (S.N.C.F., Sociedades nacionales de construcciones aeronáuticas). Es cierto que la reducción progresiva del capital privado en estas sociedades condujo a la creación de verdaderas empresas públicas.

[18] Los problemas planteados por las nacionalizaciones habían readquirido actualidad con los debates que originó el programa común de gobierno de los partidos de izquierda, elaborado en 1972, que presentaba una larga lista de empresas a nacionalizar, pero no contenía sino pocas indicaciones tanto sobre las modalidades eventuales de la operación como sobre el régimen de empresas que habrían resultado. El fracaso de la izquierda en las elecciones legislativas de 1977 restituyó a estos debates su carácter teórico.

Las nacionalizaciones más importantes fueron efectuadas luego de la Liberación; fueron sobre el Banco de Francia y los principales bancos de depósitos, sobre un número importante de compañías de seguros, sobre la producción, sobre el transporte y la distribución de electricidad y de gas (ley del 8 de abril de 1946), sobre las explotaciones de carbón (ley del 17 de mayo de 1946), la Compañía Air-France, la empresa Renault, la Sociedad Gnome et Rhone (convertida en Sociedad nacional de estudio y de construcción de motores de avión).

El principio de la nacionalización, inscrito a título permanente en el preámbulo de la Constitución de 1946, en términos además inciertos, se encuentra confirmado por el artículo 34 de la Constitución de 1958, que sitúa "las nacionalizaciones de empresas" entre las materias legislativas; la misma disposición reserva igualmente al legislador la medida inversa, es decir, las transferencias de propiedad de empresas del sector público al sector privado. La ley puede entonces decidir la liquidación de una empresa pública (C.C., 29 de enero de 1960, *R.D.P.*, 1960, p. 1.025, a propósito de la Sociedad nacional de las empresas de prensa); por otro lado, la creación de una sociedad filial de economía mixta, en la que la empresa pública-matriz conserva la mayoría del capital y de los puestos en el consejo de administración de la filial, no constituye una "desnacionalización" y depende de la competencia reglamentaria (C.E., 24 de noviembre de 1978, 2 sentencias, relativas una al comisariado de la energía atómica, otra al E.R.A.P., *A.J.*, 1979, Nº 3, p. 42).

§ 2. Reglas generales

501.— A. **La sumisión de principio al derecho privado.** La característica común a todas las empresas públicas es su sumisión de principio al derecho privado y principalmente al derecho comercial. La regla se aplica a todos los aspectos de su actividad.

1º *El personal de las empresas*[19] está compuesto por asalariados sometidos al derecho del trabajo. En algunos casos (Carbón, Gas y Electricidad de Francia), la preocupación de acordar al per-

[19] Delesalle: *Le statut du personnel des entreprises nationalisés*, tesis, Lille, 1953.

sonal una situación particularmente favorable ha conducido al legislador a prever la sustitución de la convención colectiva por un estatuto reglamentario (estatuto del personal de E.D.F., estatuto del minero). Pero estos estatutos, aplicables fuera de la empresa pública, a todos los asalariados del ramo considerado (ejemplo: el estatuto del minero se aplica a los asalariados de las minas de hierro, y no sólo a los mineros del carbón), dependen del derecho privado. Por cierto, el procedimiento de la convención colectiva, destinado a completar el estatuto, ha hecho su aparición en algunas de estas empresas (E.D.F.)... Por otra parte, los litigios entre la empresa y sus agentes son llevados no solamente ante las jurisdicciones judiciales —solución que se aplica a todos los asalariados de derecho privado de las personas públicas— sino, más especialmente ante los consejos de magistrados del trabajo (*conseils des prud'hommes*), quienes en la época en que esta solución fue adoptada, no eran competentes sino para los litigios entre empleadores y asalariados *de la industria y el comercio* (Casación Soc. 12 de julio de 1950, *J.C.P.*, 1950, II, Nº 5.727).

2º *La actividad de la empresa* (relaciones con los proveedores, los clientes, los terceros) se realiza según los procedimientos del derecho comercial, y eventualmente del derecho civil.

3º *El régimen financiero* escapa totalmente a las reglas de la contabilidad pública: la empresa no tiene un presupuesto, sino estados de previsión; los resultados de la gestión son registrados en el balance anual; los procedimientos de financiamiento siguen las técnicas del crédito comercial. Si la obtención de un *beneficio*, no es el único fin de su gestión, a diferencia de la empresa capitalista, sin embargo, permanece siendo uno de sus objetivos; la empresa debe tender a una gestión no solamente equilibrada, sino además beneficiaria, a fin de poder utilizar, para su desarrollo, los procedimientos del autofinanciamiento, yendo el excedente del por decisión administrativa; a veces incluso, el Estado se reserva el parte, al personal.

502.— B. El carácter público de las empresas. Este conlleva ciertas excepciones a la aplicación del derecho privado.

1º Los dirigentes son nombrados y removidos frecuentemente por decisión administrativa; a veces incluso, el Estado se reserva el

poder de decidir por sí mismo sobre algunos puntos esenciales para la vida de la empresa (ejemplo: fijación de precios de venta del carbón).

2º La empresa puede verse conferir diversas prerrogativas de potestad pública (expropiación, recuperación eventual de acreencias mediante el procedimiento administrativo del estado ejecutorio). Ella escapa además a algunas servidumbres que pesan sobre la empresa privada: no parece posible que pueda ser declarada en *quiebra.* El recurso eventual de sus acreedores a las *vías de ejecución* sobre sus bienes es más discutido; la sentencia que las descartó en el caso de la Sociedad nacional de las empresas de prensa se fundamenta sobre las particularidades del estatuto de la empresa a que se refería el juicio, y no sobre las reglas comunes a todas las empresas públicas (Cas. 9 de julio de 1951. *J.C.P.*, 1951, II, Nº 6.457).

3º La empresa está en cambio, sujeta a un cierto número de reglas que limitan su libertad de acción. La jurisprudencia le niega el derecho, ampliamente utilizado por las empresas privadas, de solucionar sus litigios no por el juez, sino por un árbitro, concluyendo compromisos de arbitraje (C.E. 13 de diciembre de 1957, *Société nationale de vente des surplus, Rec.*, p. 678). La ley del 9 de julio de 1975, sin modificar la regla, decidió que podrían aportarse excepciones en beneficio de algunas categorías de establecimientos públicos industriales y comerciales designados por decreto.

4º El problema de *la propiedad de los bienes de la empresa*[30] no se plantea en los mismos términos que para la empresa privada. Aparte de los bienes del dominio público que puedan estar afectados a la empresa y que conservan su estatuto, se plantea la cuestión de saber si la masa de bienes que ella utiliza es de su propiedad o la del Estado. La controversia no podría hacer perder de vista que en realidad, la empresa tiene sobre sus bienes, todos los derechos de la sociedad privada: ella puede venderlos, intercambiarlos, con la sola obligación de no disminuir su valor global que constituye su capital social.

[30] Jecquignon. *Le régime des biens des entreprises nationales*, 2 vol., 1956.

5º Finalmente, y sobre todo, la empresa pública está sujeta a una multiplicidad de *controles administrativos y financieros.*[21] Estos controles son muy diversos; son ejercidos durante la gestión por los ministros de tutela y sus representantes ante los órganos directivos (comisarios del gobierno y contralores de Estado), o *a posteriori* por la Corte de Cuentas, a la cual la ley del 22 de junio de 1976 transfirió las atribuciones antes ejercidas en este dominio por la Comisión de verificación de cuentas de empresas públicas de la cual ella emanaba; o en fin, por cuenta del Parlamento, por las comisiones parlamentarias,[22] que dejaron de ser permanentes desde 1958; estos controles al desarrollarse han limitado bastante seriamente la libertad de gestión de las empresas. Este estado de cosas ha sido objeto de numerosas críticas. La comisión presidida por el señor Nora, en un informe publicado en 1967, propuso sustituirlo, en las relaciones entre el Estado y las empresas públicas, por un sistema enteramente nuevo, fundado sobre "contratos de programa" plurianuales, que definan los objetivos a realizar por las empresas, las cuales en este marco, reasumirían una amplia autonomía de gestión, no ejerciendo los controles el Estado, sino *a posteriori.* Tales contratos han sido ya concluidos con la E.D.F. (1969), y la S.N.C.F (1970) y después de un tiempo de suspensión debido a la situación económica, con Air France, Air-Inter y las explotaciones de hulla de Francia.[23] La generalización de estos métodos puede ocasionar profundas repercusiones sobre el régimen de la empresa pública y hacer prevalecer la sola búsqueda de la rentabilidad sobre la preocupación del interés general, evolución particularmente grave cuando la empresa está encargada de la gestión de un servicio público, ya que puede incitar a sacrificar la satisfacción de necesidades de los usuarios en busca del beneficio (*Cfr.* por ej. el cierre, por la S.N.C.F., de líneas "no rentables" que agravan el abandono de regiones desfavorecidas).

503.— C. **Las empresas públicas y la cualidad de comerciante.** En presencia de estos dos aspectos de su estatuto se

[21] Delion: *op. cit.;* Lescuyer: *Le contrôle de l'État sur les entreprises publiques*, tesis. Paris. 1958; P. M. Gaudement: "Le contrôle financier des entreprises", *R.D.P.*, 1972. p. 279; Muzellec: "Le contrôle de la Cour des comptes sur les entreprises publiques", *A.J.*, 1976, p. 540.

[22] Bruneau: "Le contrôle du Parlement sur la gestión des entreprises publiques", *R.D.P.*, 1975, p. 1.199.

[23] Cadic: "Le contrat de programme", *A.J.*, 1979, Nº 12, p. 12.

plantea saber si las empresas públicas son o no *comerciantes* en el sentido del derecho privado. La afirmativa, para algunas, resulta ya sea de su forma jurídica (sociedades anónimas), ya sea de un texto formal que les reconoce esta cualidad; en el silencio de los textos, la discusión permanece abierta. Parece difícil, sin embargo, rechazar la cualidad de comerciante a personas morales cuya razón de ser es la del ejercicio de una actividad comercial. La creación de una categoría nueva de *comerciantes públicos*, propuesta por el decano Vedel, parece ser la única fórmula en capacidad de abarcar la comercialidad esencial de estas empresas y de las restricciones aportadas por el derecho público a esta comercialidad.

§ 3. Modalidades

Se puede clasificar a las empresas públicas desde diversos puntos de vista:

504.— A. Empresas que aseguran o no la gestión de un servicio público.[24] Un primer grupo de empresas públicas administra ciertamente servicios públicos: es principalmente el caso de actividades a las que se ha reconocido este carácter antes de ser confiadas a una empresa pública (distribución de la electricidad y del gas). En sentido contrario, se acuerda negar el carácter de servicio público a actividades comerciales idénticas a las que ejercen en el mismo sector las empresas privadas (Régie Renault, E.A.R.P.). Entre estos límites, los autores demuestran inseguridad, algunos tienden a pensar que el hecho mismo de la nacionalización implica el carácter de servicio público de la actividad considerada (sería el caso de la explotación de carbón); otros estiman que la incertidumbre que afecta actualmente a la noción de servicio público hace la cuestión insoluble.

Cuando la empresa administra un servicio público, la parte del derecho público aumenta en su régimen jurídico. Su autonomía de gestión ha sido siempre menor, principalmente en materia de tarifas (SNCF, EDF); la política de los *contratos de programa* (*supra*, Nº 502) marca sin embargo una neta reacción contra esta tendencia. Además, las decisiones de sus órganos directivos cuando

---

[24] Rossillon, "Les entreprises publiques et la notion de service public industriel et commercial", *Act. jur.*, 1956, I, p. 41.

conciernen a la organización del servicio, son consideradas como actos administrativos, incluso si la empresa está constituida en sociedad anónima (T.C., 15 de enero de 1968, *Air-France c. Epoux Barbier, Gr. Ar.*, p. 541).

505 B. **Empresas resultantes o no de una nacionalización**. Sobre este punto *cf. supra*, Nº 497. La distinción conserva un cierto interés, en la medida en que la ideología de 1946 impuso, a la composición de los órganos de dirección de las empresas nacionalizadas, una fórmula idéntica, a la de la *gestión tripartita*, por los representantes del Estado, del personal, y de los usuarios quienes sesionan en igualdad en el consejo de administración. Pero, por una parte esta fórmula ha sido extendida, desde la nacionalización, a otras empresas, y por otra parte, la composición de los órganos directivos de las empresas nacionalizadas se ha separado, en gran medida, de la concepción inicial (ruptura de equilibrio entre los tres elementos, introducción de administradores escogidos en razón de su competencia técnica).

506.— C. **Clasificación según la calificación jurídica de la empresa**. Ya hemos señalado la existencia de dos tipos de empresas públicas, derivados, uno de la *sociedad anónima* del derecho privado [25] (Bancos, y Compañías de seguros, empresas constituidas en "sociedades del Estado" o "sociedades nacionales"), otro, del *establecimiento público* (Electricidad de Francia, Gas de Francia, ERAP, EMC, Carbones de Francia, etc.). Un elemento de complejidad suplementario resulta del hecho de que ciertas sociedades de *economía mixta*, aunque reserven un lugar al capital privado, son consideradas como verdaderas empresas públicas (SNCF, Soc. nacionales de la industria aeroespacial, *infra*, Nº 509 s.).

Se podría pensar que a estas diversas calificaciones corresponden estatutos muy diferentes. En realidad no es así. En las sociedades, sometidas en principio al derecho de sociedades comerciales, el hecho que el Estado sea el único accionista reduce a una pura fachada la aplicación de este derecho. Por otra parte, la calificación de establecimiento público es muy pobre, se ha visto, en consecuencias jurídicas.

[25] Lagarde: "De la société anonyme à l'entreprise publique", *Mélanges, Ripert*, T. II, p. 296; Leduc "Les sociétés d'État, instrument de mise en valeur de l'Outre mer", *Archivo filosofía de derecho*, 1952, p. 109.

Prácticamente, los *órganos de dirección* son casi idénticos, y calcados de los de las sociedades privadas: ya sea un *consejo de administración*, a menudo inspirado en la fórmula tripartita con adjunción frecuente de una cuarta categoría de administradores escogidos por su competencia técnica, y un *director general*, simple órgano de ejecución según la mayoría de los estatutos, a menudo detentador, en la práctica de amplios poderes, ya sea un directorio y un consejo de vigilancia (EMC). La comercialidad integral es sin embargo más fácil de instaurar en las "sociedades" que en los "establecimientos públicos"; hay sin embargo excepciones, algunas empresas de las más comprometidas en la vía de la comercialización (ERAP, EMC) tienen precisamente el segundo estatuto. Igualmente el estatuto de sociedad ha facilitado la participación del personal en el capital de la empresa (leyes del 4 de enero de 1973, para los bancos, los seguros, las construcciones aeronáuticas). Pero la participación también hubiese podido ser introducida en la Régie Renault (ley del 2 de enero de 1970) aunque ella no constituya una sociedad. En los hechos pues, las diferencias se borran.

507.— D. Empresas públicas concesionarias.[26] Es el caso principalmente de Electricidad de Francia y de Gas de Francia, que sucedieron a las antiguas empresas privadas de producción o de distribución, en su condición de concesionarias del Estado o de las colectividades locales. El régimen de la concesión reintroduce el derecho administrativo en las relaciones de estos establecimientos con las autoridades concedentes. Pero la sustitución de un concesionario público por un concesionario privado, transforma profundamente el régimen clásico de la concesión (*supra*, Nº 474).

507 bis.— E. Grupos públicos. El fenómeno más característico de la evolución de las empresas públicas es la formación, alrededor de una empresa pública, de filiales en las cuales ella asegure el control, y que, con sus subfiliales eventuales, constituyen un *grupo público*.[27] La empresa-matriz puede transferirle la totalidad de sus actividades industriales y comerciales y no conservar bajo su tutela sino el rol de *holding* (E.R.A.P., decreto del 2 de diciembre de 1975 y 4 de marzo de 1976; E.M.C., Compañía

[26] Auby: *op. cit.*, p. 450. nota 1.

[27] Delion: "Les filiales des entreprises publiques", *Dr. Soc.*, 1960, p. 321; Debène: "Le redéploiement des entreprises publiques", *Dr. Soc.*, 1978, p. 69.

marítima general). Puede también, por la creación de filiales, diversificar sus actividades (filiales hoteleras y turísticas Air-France), orientarlas hacia la exportación (filiales extranjeras de la Renault), descentralizar la gestión (filiales de grupos públicos de seguros), o coordinar su acción con otras empresas públicas o privadas. Las filiales, constituidas en sociedades anónimas, dependen integralmente del derecho privado.

La empresa-matriz puede conservar la totalidad de su capital, pero, a menudo, la filial toma la forma de una *sociedad de economía mixta* (*supra,* Nº 511) aportando una parte de capital privado, que debe, para que la filial conserve el carácter de empresa pública, permanecer minoritario (*supra,* Nº 500). El fenómeno se explica en parte por la preocupación de dar a las empresas públicas las dimensiones ampliadas juzgadas como necesarias para que puedan aportar la concurrencia de grupos privados principalmente en el marco europeo. Este procedimiento termina por acercar, en sus estructuras, sus modos de acción y su composición, las empresas públicas a las empresas privadas.

508.— Conclusión. El examen que acabamos de realizar revela la extraordinaria complejidad de la materia de los establecimientos públicos y de las empresas públicas y la ausencia de significación precisa de las calificaciones jurídicas dadas por los textos a los organismos que ellos crean. Un buen ejemplo de esta intercambiabilidad de los estatutos es provisto por los regímenes sucesivos del servicio público de la radiodifusión y de la televisión. Confiado por la Ordenanza del 4 de febrero de 1959 a un *establecimiento público industrial y comercial,* que la ley del 27 de junio de 1964 convirtió en oficina de la Radiodifusión televisión francesa (*office de la Radiodiffusion télévision française*), este servicio ha sido repartido, por la ley del 7 de agosto de 1974, entre un *establecimiento público industrial y comercial* encargado de la difusión *(Teledifusión de Francia),* cuatro *sociedades nacionales* de las que el Estado es el único accionista, encargadas de la programación (*T.F.1, A.2, F.R.3* y *Radio-France*), y una sociedad encargada de producir y de comercializar las emisiones, que puede tomar la forma de una *sociedad de economía mixta (Sociedad francesa de producción audiovisual).* Esta complejidad, característica de todo el sector de las empresas públicas, se explica en parte por la necesidad

de adaptar los procedimientos antiguos a las situaciones nuevas nacidas del desarrollo de las actividades del Estado. Pero el legislador y la autoridad reglamentaria lo han agravado asignando a los organismos que creaban etiquetas jurídicas sin ninguna preocupación de su contenido.[28] Una clarificación sería desable; debería reservarse únicamente a los establecimientos públicos de tipo clásico, sometidos de manera general al derecho administrativo, la calificación de establecimiento público, que volvería a encontrar así su coherencia, y, desarrollar la autonomía de la categoría de empresas públicas precisando la noción de comerciante público.

[28] A título de ejemplo, los diversos organismos creados bajo el nombre de oficinas mineras, para cumplir funciones idénticas, se dividían de acuerdo a los textos en (3) tres categorías: establecimiento público (B.R.P.), establecimiento público industrial y comercial (Oficina Metropolitana de investigaciones mineras), y sociedades de Estado (Oficinas mineras de ultramar).

CAPITULO IV

LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA

509. — A. **El procedimiento.**[29] La empresa de economía mixta es una sociedad anónima cuyas acciones pertenecen en parte a capitalistas privados y en parte a personas públicas que se encuentran por ello asociadas a su gestión.

Esta asociación puede realizarse por el juego normal del derecho de sociedades: la persona pública suscribe acciones, que le confieren los derechos vinculados a la cualidad de accionista en el seno de la asamblea general. Pero en la sociedad anónima, regida por el principio de la mayoría, estos derechos no son eficaces sino en la medida en que el volumen de acciones detentado permite a las personas públicas imponer su voluntad en la asamblea.

Es por lo que a menudo, el Estado cuando suscribe acciones, y *a fortiori* obligaciones, las cuales no confieren ningún derecho en materia de gestión, exige que le sea reservado, en el consejo de administración, un cierto número de puestos, que la aplicación del derecho común, y el principio de la mayoría, no le garantizan. Esta participación en el consejo de representantes del Estado es obligatoria desde que su aporte alcance el 10 por ciento del capital, y aumenta proporcionalmente a ese aporte (Ley del 25 de julio de 1949).

Pero la sociedad de economía mixta puede resultar también de una decisión de la autoridad pública, que la crea inicialmente en forma completa, y le reserva una parte del capital privado.

[29] Reuter: *Les participations financières*, 1936; Monségur: *Aux confins du service public et de l'entreprise privée: les entreprises d'intérêt public et les sociétés d'economie mixte*, tesis, Bordeaux, 1942; Vasseur: *l'État banquier d'affaires*, 1962; Tagand: *Régime juridique de la société d'economie mixte*, 1969; P. Delvolve: "De la nature juridique des sociétes d'économie mixte", *R.D.P.*, 1973, p. 351.

510. — B. Los fines. 1º El Estado puede, tomando participaciones, adquirir el *dominio de la empresa*: si se convierte en su principal accionista, el derecho común le permite designar como desee los órganos de dirección.

2º El Estado puede contentarse de penetrar en la empresa para *controlarla desde adentro* (participación minoritaria con reserva de puestos en el Consejo de administración).

3º El procedimiento puede tender a asegurar la colaboración de personas públicas y privadas en tareas que interesan a unas y otras (ejemplo: Compañía Nacional del Ródano, constituida en vista del equipamiento económico del río y de su región). A veces, incluso, y cada vez más frecuentemente la sociedad no agrupa sino a personas públicas; de esto resulta que bajo el nombre de economía mixta, no hay sino un procedimiento cómodo que se ofrece a la asociación de personas públicas en un marco de derecho privado.

4º Finalmente, el procedimiento de la economía mixta es utilizado para la constitución de grupos públicos (*supra,* Nº 501), la empresa *holding* administra las participaciones mayoritarias del Estado en las sociedades filiales que dejan lugar al capital privado.

511. — C. Aplicaciones. 1º El procedimiento no responde como, en la nacionalización, a una *ideología*. Supone la aceptación por el Estado, del hecho capitalista, y al mismo tiempo, una voluntad intervencionista; es esencialmente empírico.

2º En la práctica ha sido utilizado en circunstancias muy diversas;[80] se puede distinguir:

- una economía mixta de *crisis*: entre 1931 y 1934, el Estado utiliza el procedimiento para sacar a flote empresas privadas en dificultad (Compañía general trasatlántica, Mensajeros marítimos, Air-France); ha sido retomado en 1978, bajo formas diferentes y complejas, con respecto a la siderúrgica, expuestas a graves peligros.[81]

- una economía mixta de *nacionalización*: se ha visto que en 1936 y 1937, la adquisición de la mayoría del capital social había

[80] Branger: *Les participations financières de l'Etat,* D.S., 1960, p. 125.
[81] *Cfr.* la crónica de A. De Laubadère: *A.J.*, 1978, p. 670.

sido considerado como suficiente para "nacionalizar" empresas privadas (ferrocarriles, construcciones aeronáuticas);

- una economía mixta de *azar* (participación adquiridas por el hecho de las confiscaciones realizadas durante la guerra y después de la liberación);

- una economía mixta de *desarrollo* (revalorización desde 1950, de las economías de los territorios de ultramar y de las economías regionales metropolitanas).

- una economía mixta *local*, ya que las comunas y los departamentos pueden, en ciertas condiciones, utilizar el procedimiento, con reserva de las responsabilidades correspondientes (ley del 6 de diciembre de 1969);

Más recientemente ha aparecido una *economía mixta de segundo grado;* primero en el sector petrolero y minero, luego de manera más general, y consiste en que las empresas públicas constituyen, sea entre ellas o con empresas privadas, *filiales y filiales de filiales* que extienden la acción del Estado en amplios sectores de la economía (*supra,* Nº 507 bis).

Finalmente, la introducción del accionariado de los asalariados en las sociedades nacionales (leyes del 4 de enero de 1973) pone el procedimiento de la economía mixta al servicio de la idea de *participación.*

512. — D. **Régimen jurídico.** 1º *Creación.* La empresa de economía mixta puede tener ese carácter desde su creación. Pero ella puede ser también el resultado de la transformación de una sociedad privada; la transformación puede realizarse, ya sea por vía contractual (compra de acciones en la bolsa, o convenio entre la sociedad y el Estado, regulando las modalidades de la asociación), ya sea por acto unilateral, imponiendo el Estado su intervención y fijando las modalidades, o bien por una combinación de ambos procedimientos.

2º *Estatuto.* Incluso si el Estado es mayoritario, la empresa permanece siendo una sociedad anónima, persona moral de derecho privado, sometida, en cuanto a su organización y a su actividad al derecho comercial y a legislación de sociedades, reserva hecha de las disposiciones derogatorias dictadas en favor del Estado (ejemplo:

nombramiento por decreto del director general). Un contralor del Estado ejerce sobre la gestión un control interno, al cual se añaden numerosos controles financieros.

513. — E. **Empresa de economía mixta y servicio público.** La empresa de economía mixta es creada, a veces, con miras a asegurar la gestión de un servicio público. Es principalmente el caso cuando la empresa privada en que la persona pública se introduce, era concesionaria de un servicio público; luego de su transformación, ella conserva esta cualidad. El procedimiento permite al concedente controlar desde adentro la gestión; es lo que pasó con la creación en 1937 de la SNCF.

Pero estas situaciones son excepcionales, frecuentemente, la actividad de la empresa excluye toda misión de servicio público: resultando entonces ser un órgano de colaboración entre la administración y los particulares en un sector de la economía que toca al interés general.

514. — F. **Economía mixta y empresa pública.** El procedimiento de economía mixta, en la medida en que pretende asociar capitales privados atraídos por el beneficio, y personas públicas preocupadas por el interés general, ha sido criticado: se ha estimado que las dos perspectivas eran demasiado contradictorias para que pudiera nacer una gestión coherente de su acercamiento; por ello, se dice, que si el Estado es mayoritario, los capitales privados huirán; si es minoritario, entonces asistirá impotente a una gestión puramente capitalista.

La experiencia ha desmentido en gran medida estos pronósticos; luego del período de anticapitalismo sistemático de 1946, el procedimiento no ha dejado de desarrollarse. Hoy en día es un elemento importante de la compenetración de lo "privado" y de lo "público" en la economía; de allí las dos interpretaciones que se han propuesto, algunos viendo en él una forma de reconquista por el capital privado del sector público que las nacionalizaciones habían desterrado, otros una técnica de penetración del Estado en el sector privado, "una nacionalización silenciosa". Su significado es sin embargo muy variable: cuando el Estado se contenta de controlar desde adentro la gestión, la economía mixta es un medio de información y de coordinación a la vez. Cuando en cambio posee el dominio de la empresa, ésta constituye de hecho una verdadera

empresa pública, que no se distingue de aquellas que han sido estudiadas en el capítulo precedente sino por la penetración, a veces mínima, del capital privado, y por una libertad de acción aumentada. Tal es el caso, principalmente, de la SNCF, de la Sociedad nacional de pólvoras y explosivos (decreto del 23 de diciembre de 1970), de la Sociedad nacional industrial aeroespacial (SNIAS, decreto del 27 de diciembre de 1973), surgida de la fusión de varias sociedades de construcción aeronáuticas, y de las filiales que empresas públicas que dejan un lugar al capital privado (*supra,* Nº 507[bis]). Además, la introducción en las sociedades en las que el Estado detenta sólo la totalidad de las acciones, de una participación de los asalariados en el capital (*supra,* Nº 511) conduce a conferir a estas empresas un carácter de economía mixta. Actualmente, la sociedad de economía mixta de capital público mayoritario, constituye, pues, al lado de la sociedad nacional y del establecimiento público industrial y comercial, una de las modalidades de la categoría de la empresa pública (*supra,* Nº 497 y s.).

CAPITULO V

Las órdenes profesionales

515. — A. Origen y razón de ser.[32] La imbricación de las actividades públicas y privadas, que se manifiesta en el campo económico con el desarrollo de las empresas públicas, se encuentra de nuevo en otro terreno: el de la *organización de las profesiones*. En reacción contra el régimen corporativo de la antigua Francia, las profesiones en el siglo XIX, rechazaron su existencia jurídica, haciendo depender las relaciones entre sus miembros únicamente de la concurrencia, según los principios del individualismo liberal. Sólo estaban exceptuadas las compañías de oficiales ministeriales (procuradores, notarios) y los abogados, organizados en colegios.

La legislación sobre sindicatos permitió un retorno voluntario a la organización profesional; pero la libertad de adhesión que caracteriza a las personas morales privadas (*supra*, Nº 37), y la limitación de su acción a los procedimientos del derecho privado solamente, no permitían obtener, por esta vía, sino resultados muy limitados.

El régimen de Vichy, en conformidad con su doctrina corporativa, puso a la disposición de la organización profesional, procedimientos de derecho público al crear, para las profesiones económicas o comerciales, los *comités de organización* y para las profesiones liberales, las *órdenes profesionales*. Los primeros no sobrevivieron a la liberación; sin embargo, fueron el motivo de la importante sentencia *Monpeurt* (C.E., 31 de julio de 1942, *Gr. Ar.*, p. 26), cuyos principios mantienen su valor. Las órdenes, en cambio, han sido mantenidas y reorganizadas; la fórmula ha sido, incluso, extendida a nuevas profesiones liberales. Las principales son las de los médicos, arquitectos, farmaceutas y expertos-contables (modificado por la ley del 3 de enero de 1977).

[32] Berton: *Les ordres professionnels*, tesis, París, 1951; Heil Bronner: "Le pouvoir professionnel", *E.D.C.E.* Nº 6, p. 33.

516. — B. Caracteres generales. Estos se derivan de lo que precede:

1º Las órdenes son organismos profesionales, *tanto por su estatuto como por sus atribuciones*. Es la profesión misma la que ha recibido el poder de organizarse y de disciplinarse.

2º Las órdenes están dotadas de *prerrogativas de potestad pública*, y están sujetas por ello a un control fuerte de parte del Estado.

517. — C. Estructura. 1º La orden reúne a todos los miembros de la profesión; la adhesión es para ellos, *obligatoria*: nadie puede ejercer la medicina sin estar inscrito en la lista de la orden de médicos.

2º Cada orden reagrupa a los miembros de la profesión a nivel *local* y a nivel *nacional;* a veces, la organización comporta tres niveles (departamental, regional y nacional).

3º En cada nivel, un *consejo de la orden* es elegido por el conjunto de los miembros, lo que subraya el carácter profesional de la organización.

4º La *repartición de competencias* entre los diversos consejos se efectúa sobre una doble base:

- *división de atribuciones*, dependiendo algunas cuestiones de los órganos nacionales y otras de los locales;

- *control* ejercido por los niveles superiores sobre el ejercicio de sus atribuciones por los consejos locales.

5º La *personalidad moral* está atribuida a la orden, tanto en el plano nacional como en el local: cada consejo, local o nacional es, pues, el órgano de la persona moral correspondiente.

6º La orden está sujeta, por parte del Estado, a un *control de tutela* (aprobación de algunas deliberaciones, presencia en el seno de algunos consejos de representantes de la administración).

518. — D. Atribuciones. La orden tiene un rol de *representación de la profesión* ante los poderes públicos, que pueden consultarla sobre los problemas que la conciernen.

Pero sobre todo, está encargada de *organizar* la profesión y de asegurar la *disciplina*. A este respecto:

Pero sobre todo, está encargada de *organizar* la profesión y de *deontología* de la profesión, es decir, el conjunto de reglas que definen su ejercicio correcto (relaciones entre colegas, con los clientes, etc.). Este código, sometido a un control más o menos estricto, según las órdenes, de parte del Estado, es un acto reglamentario que se impone a todos los miembros de la profesión.

2º Controla el *acceso a la profesión*: es la orden la que realiza la *inscripción* de nuevos miembros en la lista de la orden. Ejerce, así, un cierto poder discrecional (apreciación de las garantías de moralidad y de independencia de los postulantes).

3º Ejerce *atribuciones disciplinarias*.[33] Sanciona las faltas contra la moral profesional, tal como está definida en el código de deontología. Se trata de una verdadera represión disciplinaria: las faltas *profesionales* son castigadas con sanciones *profesionales* (por ejemplo: prohibición de ejercer la profesión) pronunciadas por órganos profesionales. Pero, contrariamente a lo que pasa en materia de disciplina de la función pública, la represión disciplinaria está aquí enteramente *jurisdiccionalizada*: los consejos, cuando deciden en materia disciplinaria, constituyen jurisdicciones, y rinden decisiones jurisdiccionales. El principio del doble grado de jurisdicción se aplica: contra las decisiones de la primera instancia, se abre una apelación ante las instancias superiores.

519. — E. Naturaleza y régimen jurídicos. El legislador no precisó la naturaleza jurídica de estos organismos al crearlos, el Consejo de Estado, en la sentencia *Bouguen*, del 2 de abril de 1943 (*Gr. Ar.*, p. 276), solucionó la cuestión aplicando a las órdenes profesionales los principios ya planteados para los comités de organización por la sentencia *Monpeurt*.

1º La *misión* confiada a las órdenes, es decir, la reglamentación y la disciplina de la profesión, constituye el ejercicio de un *servicio público*.

[33] Biays *La fonction disciplinaire des ordres professionnels*, tesis, Rennes, 1949. Estas atribuciones han sido retiradas del Colegio de la Orden de Arquitectos (Ley del 3 de enero de 1977) y transferidas a las Cámaras de disciplina donde los magistrados son mayoría.

De ello resulta que las decisiones reglamentarias (códigos de deontología) o individuales (inscripciones en la lista, recaudación de cotizaciones) dictadas por los consejos para la ejecución del servicio confiado a ellos, son actos administrativos unilaterales, a los que se le reconocen las prerrogativas de la decisión ejecutoria, pero que están sujetos al respeto de la legalidad: el recurso por exceso de poder es admisible contra ellos. Los daños que pueden causar si están viciados de falta (por ejemplo: negativa injustificada de una inscripción) comprometen la responsabilidad de la orden, según las reglas del derecho administrativo.

En cuanto a las *decisiones disciplinarias*, están consideradas como sentencias dictadas por una jurisdicción administrativa. También el *recurso de casación* está abierto ante el Consejo de Estado contra aquellas decisiones dictadas en última instancia. En cambio, su carácter jurisdiccional excluye la responsabilidad de la orden, incluso, cuando ellas son reconocidas ilegales, luego de un recurso de casación.

Por la triple vía del recurso por exceso de poder, del recurso de responsabilidad, y del recurso de casación, el Consejo de Estado ejerce un fuerte control sobre las decisiones de estos organismos, que integrados por profesionales sin formación jurídica, podrían quizás no ofrecer a sus miembros, sobre todo al comienzo, las garantías que exigen la amplitud de sus atribuciones; la sentencia *Comité de défense des libeertés professionnelles des experts-comptables* (C. E., 29 de julio de 1950, *Gr. Ar.*, p. 354), constituye un buen ejemplo de este peligro y de la manera como el juez lo ha conjurado.[34]

2º *Las órdenes no son establecimientos públicos.* La posición negativa tomada sobre este punto por el Consejo de Estado, autoriza dos interpretaciones: se quiere ver en las órdenes, ya sea personas privadas encargadas de un servicio público, o personas públicas de un nuevo tipo. Sea cual sea la solución adoptada, el *funcionamiento interno* de las órdenes escapa al derecho administrativo y depende del derecho privado: sus agentes son asalariados de derecho común, sus contratos son contratos civiles, sus patrimonios son bienes privados, su régimen financiero escapa a la contabilidad pública.

---

[34] Detton: "La protection par le Conseil d'État des droits des indivus dans l'organisation professionnelle", *E.D.C.E.*, Nº 6, p. 53.

3º Se encuentra de nuevo en las órdenes, el mismo fenómeno de imbricación del derecho público y del derecho privado que hemos encontrado a todo lo largo de este título; pero como lo ha remarcado el profesor De Laubadère, contrariamente a lo que ocurre en los establecimientos públicos comerciales, cuya estructura depende del derecho público, y la actividad del derecho privado aquí, el derecho privado rige la estructura de la orden, y el derecho público el ejercicio de su misión.

CONCLUSION GENERAL

520. — Al término de un repaso, rápido de los principales aspectos del derecho administrativo francés, una interrogante viene naturalmente al espíritu: ¿qué vale este derecho?, ¿acaso llena él su función en la sociedad, que es la de asegurar, a la vez, la eficacia de la acción administrativa y la seguridad jurídica del administrado? Esta conclusión quisiera aportar algunos elementos de respuesta a esta interrogante.

521. — El derecho administrativo cuestionado. La crítica más o menos fuerte al derecho administrativo constituye hoy en día una actividad muy extendida, y que procede de inspiraciones, a veces, divergentes.

1º El cuestionamiento más radical viene de aquellos que critican en nombre de la eficacia de la acción, el principio mismo del sometimiento de la administración al derecho. El respeto de la regla, según algunos, paraliza de hecho las iniciativas del administrador, y sobre todo, crea en él, un estado de espíritu en que el temor priva sobre el gusto de la acción. La denuncia del espíritu "legalista" y de la "juridicidad puntillosa", ligados a la formación principalmente jurídica de los agentes públicos franceses, era un tema frecuente bajo el régimen de Vichy, y después de la liberación.

La tendencia tecnocrática lleva a conclusiones análogas: si la decisión administrativa está comandada por realidades científicas objetivas y mensurables, sería irracional modificarla para tener en cuenta las exigencias del derecho. La organización científica de las estructuras y de los mecanismos administrativos, según las técnicas del *management*, la búsqueda del rendimiento y de la rentabilidad, deben reemplazar, en una administración moderna y en la mentalidad de los agentes, la preocupación por la legalidad.

2º Otras críticas parten del punto de vista opuesto. Lo que reprochan al derecho administrativo no es el frenar la acción de la

administración, sino al contrario, de no lograr canalizarla. El control de la legalidad por el juez se dice, se revela a menudo ineficaz en la práctica: anulaciones inevitablemente tardías, imposibilidad de constreñir la administración a la ejecución. Mas especialmente, al juez le cuesta mucho someter a la legalidad las decisiones económicas, para las cuales la administración dispone de un amplio poder discrecional. Por otra parte, la administración es hábil en desarrollar o crear, procedimientos de acción que se sitúan al margen de aquéllos que el derecho tradicional le propone —utilización de la circular, "actos-tipos", "normas de orientación"— y que escapan al control del juez. Así la acción de la administración, principalmente en los campos nuevos y esenciales a los que se ha extendido —orientación de la economía, ordenación del territorio, animación social y cultural—, tiende a desarrollarse al margen del derecho.

Dos grupos de críticas se adelantan para explicar este estado de cosas. Algunos destacan la diferencia entre las tareas para las que el derecho administrativo fue elaborado —las del Estado liberal del siglo XIX—, y las misiones nuevas asumidas hoy en día por las autoridades públicas. La crítica se dirige menos al derecho administrativo, considerado en sí mismo que sobre una inadaptación a las formas de acción para las que no ha sido concebido.

Pero se subraya también, a veces, algunos aspectos de este derecho, que se presentan como debilidades técnicas: su relativo esoterismo, que lo hace difícil de conocer, la imprecisión de algunas de sus nociones de base —la de "misión de servicio público", por ejemplo.

Todas estas críticas, aunque contradictorias, son impresionantes. Sin embargo, es posible oponerles un cierto número de constataciones.

522. — **La proyección del derecho administrativo francés.** Si este derecho fuese tan defectuoso como algunos afirman, no se comprendería cómo los países extranjeros se han ampliamente inspirado en él y continúan todavía buscando sus enseñanzas. A lo largo del siglo XIX, el sistema administrativo francés, que encontró su equilibro antes del de otros Estados, no ha dejado de ser imitado por ellos en numerosos aspectos. Esta influencia subsiste aún hoy en día. Bélgica y Egipto se han dotado en 1946, de un Consejo de Estado de tipo francés. El modelo francés influenció

ampliamente la Corte de Justicia de las comunidades europeas. En América Latina, la sistematización del derecho administrativo permanece dominada por la que propone la doctrina francesa. La Gran Bretaña, que durante largo tiempo fue hostil a la noción misma de derecho administrativo, presta una atención creciente al prototipo que presenta Francia. En los Estados del grupo socialista, aquellos que tienden a tomar distancia del modelo administrativo soviético, manifiestan una viva curiosidad, respecto de algunos aspectos del derecho administrativo francés. Esta influencia, que la mayoría de los franceses ignoran, puede difícilmente ser atribuida a una ilusión colectiva: si el extranjero continúa a manifestar tanto interés por el modelo francés, es sin duda, porque éste posee algunas virtudes.

523. — El valor del sistema. El derecho administrativo francés, como hemos visto, está completamente orientado hacia la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia que requiere la acción de la administración, y la protección de los administrados contra la arbitrariedad. Tal equilibrio, es a la vez, necesario y difícil. Es necesario, incluso sobre el terreno de la eficacia: porque la regla de derecho es creadora de orden, y la complejidad del aparato administrativo moderno no puede acomodarse a iniciativas descoordinadas de administradores "dinámicos". Además, la arbitrariedad suscita inevitablemente la rebeldía del administrado: incluso tecnocrática, una dictadura administrativa no sería soportada hoy en día, y las resistencias que suscitaría conduciría rápidamente al caos.

Pero el equilibrio que el derecho administrativo pretende realizar es difícil y precario. La voluntad de poder es la tentación de toda administración: mientras más conciencia tiene de defender el interés general, más desea aumentar la eficacia de los medios que posee para hacerlo prevalecer. Por ello, ella no puede aceptar someterse a la regla de derecho sino en caso de que ésta esté adaptada especialmente a su acción, y deja lugar a los imperativos que la dominan. Tal es precisamente la originalidad de la solución francesa, que pretende someter a la administración al derecho, pero a un derecho que tiene en cuenta las necesidades de la acción del poder. Entre una preocupación excesiva por estas necesidades, y una consideración demasiado escrupulosa de las reivindicaciones de los administrados, el equilibrio es evidentemente difícil a realizar.

Se comprende por ello, por qué el derecho administrativo presta flanco a la crítica: es necesariamente imperfecto, como todo equilibrio. La originalidad propia de la solución francesa, y que constituye su virtud —esta búsqueda de una conciliación entre el máximo de la obligación jurídica, aceptable para la administración y el mínimo de protección necesaria al administrado—, lo expone fatalmente a la doble crítica de los defensores de la eficacia y de los de la seguridad jurídica. Como derecho de compromiso, no puede satisfacer plenamente ninguna de las dos exigencias. Su imperfección es inherente a la búsqueda de equilibrio que hace su mérito.

524. — **Los progresos deseables.** El derecho administrativo francés, a pesar de sus críticas, aparece, pues, en definitiva, como fundamentalmente sano en su inspiración y en sus principios. ¿Quiere decir que sus críticas son todas injustificadas? Evidentemente que no. Pero son necesarias algunas distinciones para aclarar el debate.

No podemos confundir, en efecto, el derecho administrativo con las opciones de política administrativa a las que se contenta de dar una forma jurídica: denunciar la inadaptación de las estructuras de las colectividades locales y de sus relaciones con el Estado, según las necesidades del presente, es una crítica plenamente fundada, pero que no se refiere a los principios jurídicos de los que fluyen las opciones que se cuestionan. Igualmente, las críticas a los métodos y los procedimientos de elaboración de las decisiones, a las estructuras de los servicios, permanecen ajenas a la esfera propiamente jurídica. Lo que se presenta como crítica al derecho administrativo no es a menudo en realidad, sino la crítica de las instituciones y técnicas administrativas, que necesitan, con toda evidencia, reformas de envergadura.

En el campo del derecho también son necesarios algunos progresos. El derecho administrativo, rama del derecho público, no puede mantenerse al margen del movimiento general que anima a éste. En un primer tiempo, él dio lugar a la inspiración democrática de someter al ejecutivo a la regla de derecho. En esta vía, los resultados obtenidos principalmente, gracias al recurso por exceso de poder y al desarrollo de la responsabilidad, han sido notables. El hecho que hayan logrado imponerse, permite pensar que nuevos desarrollos, sobre todo en lo que concierne la eficacia del

recurso por exceso de poder, son posibles: esfuerzos recientes realizados en este sentido (*supra*, Nº 231, 4º) lo demuestran. Pero la inspiración democrática exige aún más: no la sumisión pasiva del administrado a una decisión que, elaborada en secreto, se impone a él por la sola coerción, sino más bien, la búsqueda de la adhesión razonada que transforma al sujeto en ciudadano. No que la coerción pueda desaparecer: sería utópico esperarlo, y pretender fundamentar las relaciones entre la administración y los administrados, no ya en la decisión unilateral, sino en el solo consentimiento. En cambio, no es utópico prever una extensión del procedimiento contractual, como una elaboración de la decisión en la que la explicación ocupe algún lugar, más aún, a la participación: las orientaciones más recientes (*supra*, Nº 95 bis y 96 bis).

Los nuevos campos en los que se ejerce la acción del poder exigen esta orientación. No se puede, para recaudar el impuesto o asegurar el orden público, contar con la sola persuasión. Pero no se puede a la inversa fiarse en el solo constreñimiento para orientar en el sentido del interés general, la suma de comportamientos cotidianos que requieren la ejecución de un plan económico, la animación cultural o la armonización del desarrollo de las diversas regiones. La adaptación de los procedimientos clásicos a estas nuevas tareas, o incluso, la sistematización jurídica de los diversos procedimientos que aparecen espontáneamente, al margen del derecho, en estos sectores, constituyen evidentes necesidades.

El derecho administrativo francés no escapa, pues, a la crítica. Pero su flexibilidad hace de él un derecho abierto y perfectible. Si se tiene en cuenta los progresos que ha realizado en menos de cien años, si se le compara a numerosos derechos extranjeros que están lejos de haber logrado resultados tan positivos en la búsqueda del equilibrio al que tiende, se puede pensar que él puede, mediante adaptaciones competentes en cuanto a sus técnicas pero sin alteraciones mayores, en cuanto a sus principios, continuar respondiendo a la doble necesidad de eficacia y de seguridad, cuya conciliación es su regla de oro.

INDICE ALFABETICO

(Las cifras reenvían a los números de los parágrafos).

— A —

Actos:

Administrativos, 90 y ss.
Clasificación, 91.
De autoridad, 158.
Creadores de derecho, 103.
Discrecionales, 182.
De gestión, 158.
De gobierno, 85, 155 y ss.
De los particulares, 79.
Coexistentes, 105.
Jurídicos, 90.
Legislativos 152.
Parlamentarios, 152.
Separables, 243.
Tipo, 92.

Acción

Administrativa, 431 y ss.
De oficio, 100.
De reintegro, 303.
Popular, 214.

Actividades:

Jurisprudenciales, 307.
Materiales, 168.
Privados de interés general, 467 y ss.
Adjuntas, 395.
Adjudicación pública, 116.

Administración:

Central, 356.
Definición, 1 y ss.
De Estado, 348 y ss.
Organos locales, 360 y ss.
General, 348.
Local, 374.
De misión, 348.
Alcalde, 395 y ss.
Atribuciones, 399 y ss.
Controles, 401.
Estatuto, 396
V. comuna, Policía:

Asuntos (*affaires*):

De la comuna, 387.
Locales, 318.
Apelación, 232
Apreciación de la oportunidad, 261.
Arbitraje, 113.
Arrendamiento (*affermage*), 473.
Asociación, 38.
Autorización previa, 276.

Autoridad:

De cosa decidida, 97.
De cosa juzgada, 230.
Judicial, materias reservadas, 170 y ss.
Autoridades:
Extranjeras. 151, 282.
De policía, 438.

— C —

Canten, 340.
Caso fortunito, 282.
Casación, 189.
Centralización, 315 y ss.
Ciencias Administrativas. 15.
Circunscripción, 315, 337.
De acción regional, 347.
Especialización, 343, 347.
Circunstancias excepcionales, 84 y ss.
Circulares, 92 bis.
Codificación, 26, 45.

Colectividades, 315, 337.
Locales, 318 y ss., 374 y ss.
Sindicatos mixtos, 424.
Comité:
De organización, 448.
Económico y social (región) 425.
Comisario de Gobierno, 193, 227.
Comisión:
Departamental, 419 y ss.
De desarrollo económico regional, 337.
Sindical, 402.
Comunidad, 151, 191.
Comuna, 374 y ss.
Asuntos de la , 387.
Agentes, 390.
Aglomeraciones distintas, 402.
Asociada, 402.
Conferencias intercomunales, 402.
Comunidades urbanas, 405.
Fusión, 402 bis.
Iniciativas económicas, 389.
Inscripción de oficio, 394.
Plan de urbanismo, 392.
Presupuesto, 391.
Sector de , 402.
Sección de , 402.
Servicios públicos, 390 y ss.
Subvenciones, 390.
Sindicatos de , 403.
Tutela, 393.
Vías públicas comunales, 392.
V. Consejo Municipal, Alcalde:
Competencia administrativa o judicial, 149 y ss.
Actos jurídicos, 165.
Actos legislativos, 152.
Actos parlamentarios, 152.
Actividades materiales, 168.
Criterio, 158.
Cuestiones accesorias, 180.
Estado deudor, 158.
Gestión privada, 159, 161.
Hecho de cosas, 169.
Litigios entre particulares, 150.
Ocupación, 175.
Servicios judiciales, 153.
Servicios públicos, criterio, 159 y ss.
Servicio público industrial, 161.
Servicios sociales, 168.
Situaciones de derecho privado, 166.
Vehículos administrativos, 178.
Vías de hecho, 170.
Competencia reglada, 80.
Concesión:
Diversos servicios, 473 y ss.
Agentes del concesionario, 478.
Cuaderno de cargas, 476 y ss.
Contencioso, 482.
Control, 475.
Caducidad, 483.
Definición, 473.
Equilibrio finaciero.
Hecho del príncipe, 481.
Imprevisión, 481.
Modificaciones, 478.
Obligaciones del concesionario, 478
Rescate, 483.
Sanciones, 479.
Tarifas, 478, 481.
Concesión de obras públicas, 478.
Concesionario, V. concesión.
Conferencia:
Administrativa regional, 373.
Intercomunal, 402.
Interdepartamental, 424.
Conflictos, 136.
Decisión del , 142.
De atribución, 139.
De decisiones del fondo, 146 y ss
Declinación de competencia, 141.
Dificultades serias, 145.
Negativas, 143 y ss.
Positivas, 140 y ss.
Tribunal de 137 y ss.
Concejo Municipal, 381 y ss.
Atribuciones, 387.
Composición, 381 y ss.
Deliberaciones, 386.
Funcionamiento, 384 y ss.

Tutela, 393 y ss.
V. comunas.

Consejo:
De distrito, 340.
Constitucional, 44, 56.
Consejo de Estado, 192 y ss.
Atribuciones, 200 y ss.
Composición, 193.
Historia, 192.
Inspección de jurisdicciones administrativas, 201.
Opiniones, 200.
Organización, 197 y ss.
Secciones, 197 y ss.
Consejo General, 406 y ss.
Atribuciones, 411.
Composición, 406 y ss.
Funcionamiento, 408 y ss.
Tutela, 415 y ss.
Consejo de Prefectura, 202.
Consejo regional, 425.
Consejo Superior de la Magistratura, 153.
Consentimiento (*agrément*), 468.
Constatación de urgencia, 224.
Constitución, 44.
De 1946, 51.
De 1958, 52 y ss.
Contencioso. V. Jurisdicción administrativa, recursos.
Continuidad del servicio público, 463.

Contratos administrativos:
Caracteres generales, 108 y ss.
Cláusulas exhorbitantes, 111.
Celebración, 114 y ss.
Contencioso, 113.
Criterio, 108 y ss.
Equilibrio financiero, 123 y ss.
Ejecución, 120.
Fin, 129.
Hecho del príncipe, 124.
Imprevisión, 125 y ss.
Inejecución, 121.
Modificación unilateral, 120.
Por determinación de la ley, 108.
Servicio público, 110.
V. concesión.
Control, 323 y ss.
De tutela, v. tutela.
Jerárquica, 324.
Mínimo, 265 bis.

Cuerpos:
De inspección, 358.
Prefe, 362.
Cosa peligrosa, 289.

Cuestiones:
Accesorios, 180 y ss.
Previas, 181 y ss.
Prejudiciales, 181 y ss.

— D —

Descentralización, 318 y ss.
Y deferalismo, 321.
Por servicios, 322.
V. centralización, tutela.
Decisión ejecutoria, 92 y ss.
Abrogación, 102 y ss.
Autoridad de cosa decidida, 97.
Clasificación, 94 y ss.
Definición, 92 y ss.
Efectos, 97 y ss.
Elaboración, 95 y ss.
Entrada en vigor, 101.
Ejecución, 98 y ss.
Ejecución forzosa, 99 y ss.
Ejecución de oficio, 99.
Fin, 102
Jerma, 96 y ss.
No retroactividad, 101.
Obligación de motivos, 96 bis.
Privilegio de la presunción previa, 97.
Revocación, 102 y ss.
Validez, 104 y ss.
V. Recurso por exceso de poder.
Decisión que causa agravios, 243.
Decisión previa, 217 y ss.
Declinación de competencia, 141.
Desconcentración, 317, 319.
Decretos, 67.

Decretos-leyes, 50 y ss. 59.
Delegación, 257, 354.
Departamento, 339, 406 y ss.
Alianzas, interdepartamentales, 424.
Comisión departamental, 339, 406 y ss.
Conferencias interdepartamentales, 424.
Ejecutivo departamental, 417.
Presupuesto, 414.
Reagrupación, 424.
V. Consejo general, Prefecto, Región Daño, 280 y ss.
Fecha de evaluación, 294.
Indemnización, 295.
Indirecto, 282.
Meral, 281.
Reparación, 292.
Doble grado de Jurisdicción, 190.

Derecho Administrativo:

Características, 25 y ss.
Criterios, 32.
Definición, 12, 16.

Desviación:

De poder, 259 y ss.
De procedimiento, 260.

— E —

Economia mixta, 509 y ss.

Ejecución:

Forzosa, 99 y ss.
De oficio, 99.
Empréstitos públicos, 107.
Empresas nacionalizadas, 497, 505 y ss.
Empresas privadas de interés general, 467.
Empresas públicas, 497.
Concesionarios, 507.
Controles, 502.
Cualidad de comerciante, 503.
Grupos de , 507 bis.
Personal, 501.
Régimen de bienes, 502.
Régimen financiero, 501.
Régimen jurídico, 501.
Vías de ejecución, 502.
V. Empresa nacionalizada.
Establecimiento público.
Enseñanza Pública, responsabilidad, 312.
Escuela Nacional de Administración, 161.
Establecimiento Público, 484 y ss.
Caracteres generales, científicos y culturales, 489.
Concepción clásica, 484.
Evolución, 485.
Industriales y comerciales, 496.
Nacionalizados, 505.
Régimen jurídico, 493.
Territoriales.
Y establecimiento de utilidad públicas, 491.
Y servicio público, 487.
V. Descentralización.
Empresa Pública.
Establecimiento de Utilidad Pública, 491.
Estado, administración de , 348 y ss.
Estado deudor, 118.
Estado de Derecho, 9.
Estado de Policía, 8.
Estado, rol, evolución, 22.
Estado de sitio, 443.
Estado de urgencia, 443.
Excepción de ilegalidad, 235.
Exceso de poder.

V. Recurso por:

Existencialismo jurídico, 31.

— F —

Falta:

Cúmulo, 299.
De servicio, 285 y ss.
De la victima, 282.
Grave, 287.
Penal, 296.

Personal, 296.
Separable, 296.
V. Responsabilidad.

— G —

Gabinete del Ministro. 355.
Garantía administrativa, 276.
Gestión directa, 471, 493.
Gestión privada, 11, 106, 159, 161.
Gestión pública, 159, 161.
Gobierno, 5.
Grupos públicos, 507 bis.

— H —

Hecho, control, recurso por exceso de poder, 264 y ss.
Hecho de cosas, 169.
Responsabilidad, 289.
Hecho del príncipe, 124.
Huelga, agentes públicos, 463.

— I —

Igualdad:
Ante los cargos públicos, 274.
Ante los servicios públicos, 465.
Ile. de Francia, región de, 430.
Imprevisión, 125, 481.
Incompetencia, 255 y ss.
Inspectores generales de la administración en misión extraordinaria (I.G.A.M.E.), 372.

Inspección:
Cuerpos de, 358.
De la jurisdicción administrativa, 201.
Instrucción de servicio. V. circulares interés, recurso por exceso de poder, 246 y ss.
Interés público, 3, 31.
Interpretación, actos administrativos, 182 y ss., 209.
Irresponsabilidad, potestad pública, 272, 308.

— J —

Jefe de gabinete, 371.
Jerarquía, regla de derecho, 765.
Jerarquía, poder, 353.
Control, 324.
Recursos, 206.
Juez de atribución, 188 y ss.
Juez de derecho común, 188.
Jurisdicciones administrativas, 131 y ss.
Competencia, 149 y ss.
Criterios, 187.
Evolución, 134.
Organización, 184 y ss.
Orígenes, 131 y ss.
Procedimiento, 191 y ss.
Razones de ser, 135.
V. competencia administrativa y judicial, Consejo de Estado y tribunal administrativo.
Jurisdicciones no represivas, 183,
Jurisprudencia, 69 y ss.

Justicia:
Delegada, 134.
Retenida, 134.

— L —

Laico, 388.
Legalidad, principio de
V. Recurso por exceso de poder:
Policía, 441.
Libertades definidas, 441.

Libertad:
De comercio y de industria, 389.
Y poder de policía, 433, 441.
Ley, 44, 54, 77.
Ley, cuadro, 51.
Ley y reglamento, distinción, 46 y ss.
Leyes, responsabilidad, 306.

— M —

Materias:
Legislativas, 48, 54.
Reglamentarios, 51, 55.

Mediador, 359.
Medidas de orden interna, 244.

Ministerios:

Atribuciones, 353.
Gabinete de , 355.
Juez, 134, 220.
Poder jerárquico, 353.
Poder reglamentario, 353.
Motivos, control, 264 y ss.

— N —

Nacionalización, 498 y ss.

Negocios públicos:

Adjudicación, 116.
Adjudicación directa, 116.
Cuaderno de cargas, 118.
Cuaderno de cláusulas administrativas general, 118.
Industriales, 107.
Llamado a ofrecer, 116.
Modos de celebración, 118.
De obras públicas, 107.
De investigación, 107.
De suministros, 107.
De transporte, 107.
V contratos administrativos.

— O —

Obligación de motivar, 96 bis.
Ocupación, 175.
Oferta de concurso, 107.
Operaciones administrativas, 90
Oposición, 234.
Orden público, 435 y ss.
Ordenes profesionales, 515 y ss.
Organización administrativa, 314 y ss.
Organismos consultivos, 357.

— P —

París, 427 y ss.
Alcalde de , 429.
Consejo de , 429.
Prefecto de , 429.
Personalidad moral, 14 y ss.
Personas morales privadas, 37 y ss
Recursos, 248.
Personas públicas, 10, 39 y ss.
Policía administrativa, 433 y ss.
Autoridades de , 438.
Coerción, 437.
Concurso de autoridad, 440.
Control jurisdiccional, 442.
Definición, 433.
Especial, 436.
Extensiones, 443.
General, 436.
Legalidad, 441.
Y libertades, 441.
Municipal, 439.
Orden público, 435.
Personal, 438.
Y policía judicial, distinción, 434.
Prefecto, 439.
Procedimiento de, 437.
Responsabilidad, 287.
Rural 439.
Y servicio público, 431, 433.
Policía Judicial, 434.
Poder discrecional, 80 y ss.
Poder ejecutivo, 465.
Poder gubernamental, 52.
Poder reglamentario, 655.
Previa, privilegio de la presunción, 97.
Prefecto, 361 y ss.
Atribuciones, 365.
Carrera, 364.
Cuerpo profesional, 363.
Estatuto, 362.
Jefe de gabinete, 371.
Oficial de policía judicial, 368.
Secretario general, 371.
Servicios del Estado, coordinación, 369.
Sub-prefecto, 371.
De policía, 429.
De París, 429.
De región, 371, 425.
De sana, 428.
Primer ministro, 349.

Servicios adscritos, 350.
Presidente de la República, 349.
Pruebas, 226.
Principios generales de derecho, 73 y ss.
Principio de legalidad, 9, 76 y ss.
Sanción, 235.
Procedimiento administrativo, 95, 215 y ss.
Procedimiento, Jurisdicción administrativa, 214 y ss.
Apelación, 232.
Audiencia, 227.
Caracteres generales, 216.
Comisario del gobierno, 227.
Decisión previa, 217 y ss.
Formas, 221.
Instancia, 221 y ss.
Instrucción, 225 y ss.
Oposición, 234.
Plazas, 221 y ss.
Pruebas, 226.
Recurso de casación, 233.
Rectificación de errores materiales, 234.
Recurso de urgencia, 224.
Recurso contra la sentencia, 232 y ss.
Representación de las partes, 222.
Revisión, 234.
Sentencia, 228 y ss.
Silencio de la administración, 219.
Suspensión de la ejecución, 223.
Tercera oposición, 234.
V. recurso por exceso de poder.
Poder Público, 4, 31, 32, 97 y ss.

— R —

Recursos administrativos, 483.
Recurso de casación.
Recursos contenciosos, 206 y ss.
Clasificación, 209.
Definición, 206 y ss.
Objetivo, 213.
Subjetivo, 213.
Recurso de gracia, 206.
Recurso jerárquico, 206.
Recurso de plena jurisdicción, 211.
Recurso por exceso de poder.
Actos separables, 245.
Acción popular, 245.
Anulación, 268.
Apelación, 269.
Apreciación de la oportunidad, 238, 265.
Calificación, control, 264.
Caracteres, 238.
Casas de apertura, 252 y ss.
Condición de admisibilidad, 239 y ss.
Control mínimo, 265 bis.
Decisión que causa agravio, 243.
Desviación de poder, 259 y ss.
Error manifiesto de apreciación, 265 bis.
Incompetencia, 243 y ss.
Interés, 255 y ss.
Motivos, control, 264 y ss.
Orígenes, 237.
Paralelo, 250.
Procedimiento, 249, 266.
Tercera oposición, 270.
Vicio de forma, 257 y ss.
Violación de la ley, 262 y ss.
Recurso de rectificación de errores materiales, 234.
Recurso de revisión, 234.
Recurso de urgencia, 224.
Región, 342 y ss., 372, 425 y ss.
Reglamento, 46 y ss.
De administración pública, 67.
Autónomo, 49.
Y ley, 46 y ss.
Del juez, 201.
De policía, 437.
V. Poder Reglamentario.
Reglas de Derecho, 9, 425.
Jerarquía, 76 y ss.
Rescate, concesión, 483.
Responsabilidad administrativa, 271 y ss.
Acciones de reintegro, 303.
Agentes públicos, responsabilidad personal, 272, 296 y ss.
Autonomía, 278.

Autoridad extranjera, 282.
Caso fortuito, 282.
Coautores-pluralidad, 303.
Cosa peligrosa, 289.
Cúmulo de faltas, 299.
Cúmulo de responsabilidad, 299.
Daño, 280 y ss., 292.
Daño, fecha de evaluación, 294.
Enseñanza pública, 312.
Falta grave, 288.
Falta personal, 296 y ss.
Falta separable, 296.
Falta de servicio, 285.
Falta de la víctima, 282.
Faltas, cúmulo, 299.
Fuerza mayor, 282.
Igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, 274.
Imputabilidad, 282.
Indemnización, cálculo, 293, 295.
Irresponsabilidad, 272, 308.
Leyes, 306.
Policía, 287.
Regímenes especiales, 310.
Riesgo, 289.
Sus faltas, 289 y ss.
Servicios judiciales, 307.
Servicios del Parlamento.
Tratados internacionales, 102 y ss.
Retiro, actos administrativos, 102 y ss.
Riesgo, responsabilidad, 289.
Revueltas, responsabilidad, 311.

— S —

Secreto administrativo, 95 bis.
Secretario de Estado, 352.
Secretario General, Prefectura, 371.
Sector de comuna, 402.
Sección de comuna, 402.
Sena, departamento del , 428.
Sentencia, 228.
Ejecución de , 231.
Separación de autoridades administrativas y judiciales, 14, 131, 173 y ss.
Separación de funciones, 134, 185, 229.
Separación de Poderes, 14.
Servicio público, 29, 159 y ss. 445.
Arrendamiento, 473.
Concesión, 473 y ss.
Continuidad, 463.
Creación, 455.
Criterio de competencia, 159 y ss.
Definición, 445 y ss.
Escuela del , 29, 159.
Y establecimiento público, 487.
Gestión, 456.
Gestión directa, 471 y ss., 473.
Gestión privada, 159, 161.
Gratuidad, 451.
Industrial y comercial, 161, 4615.
Igualdad entre el , 465.
Modificaciones al régimen, 464.
Monopolio, 453.
Y policía, 431, 433.
Régimen jurídico, 457 y ss.
Vintual, 448.
V. competencia, contratos administrativos.

Servicios:

Adscritos al primer ministro, 350.
De las asambleas parlamentarias, 152, 305.
Departamentales, 411 y ss.
Del Estado, coordinación, 369.
Exteriores de los ministerios, 360.
Judiciales, 151, 307.
Municipales, 389, 390.
Sociales, 168.
Silencio de la administración, 219.
Situaciones de derecho privado, 166.
Sociedades de Economía mixta, 514 y ss.
Subprecio, 371.
Suspensión de la ejecución, 223.
Sindicatos, 38.
De comunas, 403.
Mixtas de personas públicas, 424.

— T —

Tercera oposición, 234, 270.
Tratados internacionales, 44.

Tribunal administrativo, 202.
Competencia, 205.
Personal, 204.
Tribunal de conflictos, 137 y ss.

V. conflictos:

Tutela, 325.
Autoridades, 326.
Indirecta, 327.
Procedimientos, 327.
Recursos, 328.
Responsabilidad, 328.
V. Comuna, Consejo Municipal, Consejo general, Establecimientos públicos.

— U —

Urgencia, 84, 100.
Estado de , 443.

— V —

Vehículos administrativos, responsabilidad, 178.
Vicio de forma, 257 y ss.
Violación de la Ley, 262 y ss.
Vías de hecho, 172 y ss.
Vías de ejecución, empresa pública, 502.
Vías de recursos, 232 y ss.

INDICE DE MATERIAS

(La primera cifra reenvía al número del parágrafo, la segunda a la página)

INTRODUCCION GENERAL

SECCIÓN I. Definiciones

§ 1. La administración

1. — Las acepciones corrientes del término 9
2. — A. *La Administración y la acción de los particulares* 10
3. — 1º La finalidad de la administración: el interés público .. 10
4. — 2º Los medios de la acción administrativa: el poder público 11
5. — B. *La administración en el conjunto de las actividades públicas* 12
6. — 2º El punto de vista de los órganos 13
7. — Definición 14

§ 2. El derecho administrativo

8. — A. *La administración puede no estar sometida al derecho* 14
9. — B. *La administración sometida al derecho: el principio de legalidad* 15
10. — 4º Las personas morales públicas 17
11. — C. *La administración sometida al mismo derecho que los particulares* 17
12. — D. *El derecho administrativo* 18
13. — 1º El punto de vista lógico 19
14. — 2º El punto de vista histórico: la separación de las autoridades administrativas y judiciales 19
15. — E. *Derecho Administrativo y ciencia administrativa* 20
16. — Definición del derecho administrativo 21

SECCIÓN II. La formación histórica del régimen administrativo francés

§ 1. La obra del año VIII

17. — A. *La administración del Antiguo Régimen* 22
18. — B. *La obra de la Revolución* 23
19. — C. *La obra del año VIII* 23

§ 2. Los factores de la evolución

20. — Esquema general 24
21. — A. *Del orden autoritario a la democracia, repercusiones en el régimen administrativo* 25
22 — B. *Del Estado liberal al Estado intervencionista* 26
23. — C. *Incidencias recíprocas de las dos líneas de evolución precedentes* 27

§ 3. Los resultados de la evolución

24. — Visión de conjunto 28

SECCIÓN III. Caracteres y principios fundamentales del derecho administrativo

§ 1. Los caracteres técnicos del derecho administrativo

25. — A. *El derecho administrativo es un derecho reciente* 30
26. — B. *El derecho administrativo no ha sido codificado* 31
27. — C. *El derecho administrativo es ampliamente jurisprudencial* 31

§ 2. Los principios fundamentales del derecho administrativo

28. — La búsqueda de una noción clave 32
29. — A. *El derecho administrativo definido por el servicio público* 33
30. — B. *La decadencia de la noción de servicio público* 34
31. — C. *Las soluciones de reemplazo* 35
32. — D. *La solución propuesta* 36

PRIMERA PARTE

LOS SUPUESTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

TITULO I

TEORIA GENERAL DE LAS PERSONAS PUBLICAS

33. — La personalidad moral en derecho administrativo 41

CAPITULO I

La personalidad moral

34. — El problema de la personalidad moral 42
35. — Los elementos de la personalidad moral 43
36. — Personas morales y personas físicas 43

CAPITULO II

Las diversas personas morales

§ 1. Las personas morales de derecho privado

37. — A. *Caracteres generales* 45
38. — B. *Principales tipos* 46

§ 2. Las personas morales de derecho público

39. — A. *Caracteres generales* 48
40. — B. *Principales tipos* 49

§ 3. La evolución de la distinción entre personas morales, públicas y privadas

41. — La tendencia al acercamiento 50

TITULO II

LA REGLA DEL DERECHO

42. — Visión de conjunto

CAPITULO I

Las fuentes del derecho administrativo

43. — Definición

Sección I. Las fuentes escritas. Generalidades

44. — Enumeración 55
45. — La codificación de las fuentes escritas 56

SECCIÓN II. La distinción de la ley y del reglamento

46. — Principio

§ 1. La distinción clásica

47. — A. *Fuerza jurídica* 58
48. — B. *Dominios respectivos* 59

§ 2. La evolución de la distinción inicial

49. — A. *Los reglamentos autónomos* 59
50. — B. *Los decretos-leyes* 60
51. — C. *La Constitución de 1946* 61

§ 3. La distinción entre la ley y el reglamento en la Constitución de 1958

52. — Principios generales 63
53. — A. *El régimen normal* 63
54. — 1º Dominios respectivos de la ley y del reglamento
a. La ley 64
55. — b. El reglamento 64
56. — c. Sanciones de la delimitación 64
57. — d. Valor práctico de la delimitación 65
58. — A. *Autoridad respectiva de la ley y del reglamento* 66
59. — B. *Los regímenes excepcionales: las ordenanzas* 68
60. — 1. Las condiciones de la habilitación 68
61. — 2. Efectos de la habilitación 69
62. — 3. Fuerza jurídica de las ordenanzas 69
63. — C. *Los regímenes excepcionales: el artículo 16.*
1. *El artículo 16 y la distinción entre la ley y el reglamento* 70
64. — 2. Régimen jurídico de los actos dictados en virtud del artículo 16 ... 71

SECCIÓN III. El Poder reglamentario

65. — A. *Definición y fundamento* 72
66. — B. *Titulares* 72
67. — C. *Las modalidades de ejercicio del poder reglamentario* ... 74

SECCIÓN IV. Las fuentes no escritas

68. — Generalidades 76

§ 1. La jurisprudencia

69. — El problema de la creación del derecho por el juez 78
70. — A. *La técnica de elaboración de la regla jurisprudencial* ... 78
71. — B. *Los caracteres de la regla jurisprudencial* 79
72. — C. *La autoridad de la regla jurisprudencial* 79

§ 2. Los principios generales

73. — A. *Definición* 80
74. — B. *Caracteres jurídicos* 81
75. — C. *Autoridad de los principios generales* 82

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

SECCIÓN I. Significado práctico del principio de legalidad

76. — A. *El carácter jerarquizado de las reglas de derecho* . . 84
77. — B. *Carácter principalmente formal de la jerarquía de las reglas escritas* 85
78. — C. *Fuentes no escritas y jerarquía de las reglas* 85
79. — D. *Jerarquía de las reglas y actos particulares* 85

SECCIÓN II. Alcance del principio de legalidad: el poder discrecional

§ 1. La noción del poder discrecional

80. — A. *Poder discrecional y competencia reglada* 87
81. — B. *Necesidad de un equilibrio* 88

§ 2. Medida del poder discrecional

82. — La situación actual 88

§ 3. Alcance jurídico del poder discrecional

83. — Poder discrecional y legalidad 89

SECCIÓN III. Las restricciones al principio de la legalidad: Teoría de las circunstancias excepcionales

84. — El problema 91
85. — A. *La Definición* 92
86. — B. *¿Cuándo hay "circunstancias excepcionales"?* 92

87. — C. *Efecto de las circunstancias excepcionales* 93
88. — D. *Control del juez sobre los actos dictados en periodo de excepción* 94
89. — E. *Alcance jurídico de la teoría* 94

TITULO III

LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION

90. — Definición 97
91. — Clasificación de los actos administrativos 97

CAPITULO I

LA DECISIÓN EJECUTORIA

SECCIÓN I. Caracteres generales

92. — A. *Decisión ejecutoria y actos administrativos que no constituyen una decisión* 101
92bis. — Circulares e instrucciones de servicio 101
92ter. — Directrices o Directivas 102
93. — B. *La decisión ejecutoria, decisión administrativa* 103
94. — C. *Las diversas categorías de las decisiones ejecutorias* 104

SECCIÓN II. La elaboración de la decisión ejecutoria

§ 1. El procedimiento de la elaboración

95. — A. *El procedimiento administrativo no contencioso* 105
95bis. — B. *El secreto administrativo* 106

§ 2. La forma de las decisiones administrativas

96. — A. *Principios generales* 107
96 bis.—La obligación de motivar 108

SECCIÓN III. Efectos de la decisión ejecutoria

§ 1. La decisión ejecutoria modifica el orden jurídico

97. — El privilegio de la presunción previa 110

§ 2. La ejecución de las decisiones ejecutorias

98. — Las diversas hipótesis 111

99. — La ejecución de las obligaciones por los particulares 111
100. — Condiciones para recurrir a la coerción 113

§ 3. Duración de los efectos de la decisión ejecutoria

101. — A. *La entrada en vigor de las decisiones ejecutorias* 115
102. — B. *El fin de los efectos de la decisión* 116
103. — Las condiciones de la derogación y de la revocación...... 117

SECCIÓN IV. La validez de las decisiones ejecutorias

104. — Las diversas formas de la ilegalidad 118
105. — Los grados de invalidez 119

CAPITULO II

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

106. — Contratos de la administración y contratos administrativos 121
107. — Los principales contratos administrativos 122

SECCIÓN I. Caracteres generales de los contratos administrativos

§ 1. Criterios del contrato administrativo

108. — Situación de la cuestión 124
109. — 1º Las partes del contrato 126
110. — 2º El objeto del contrato: la ejecución misma del servicio público 127
111. — 3º Las cláusulas del contrato: la "cláusula exhorbitante" 128

§ 2. El régimen del contrato administrativo

112. — Características generales 129
113. — El contencioso de los contratos administrativos 130

SECCIÓN II. La formación del contrato administrativo

§ 1. Las limitaciones a la libertad contractual

114. — A. *La capacidad de contratar* 131
115. — B. *La selección del contratante* 131
116. — 1º Los diversos modos de celebración de los contratos ... 132
117. — 2º Reglas para la aplicación de estos procedimientos 133

§ 2. Los atentados a la igualdad de los contratantes

118. — La elaboración de las cláusulas del contrato 134

SECCIÓN III. La ejecución de los contratos administrativos

119. — Visión de conjunto 135

§ 1. Las prerrogativas de la administración

120. — A. *La ejecución normal* 136
121. — B. *Las sanciones en caso de falta en la ejecución* 137

§ 2. El principio del equilibrio financiero del contrato

122. — A. *Los derechos del cocontratante* 139
123. — B. *El principio del equilibrio financiero del contrato* ... 140
124. — 1º La teoría del hecho del príncipe 140
125. — 2º La teoría de la imprevisión 141
126. — a) Las condiciones de la imprevisión 142
127. — b) Efectos de la situación de imprevisión 143
128. — c) Fin de la situación de imprevisión 143

SECCIÓN IV. El fin del contrato administrativo

129. — A. *Rescisión por la administración* 144
130. — B. *Rescisión por el juez* 144

TITULO IV

LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA

CAPITULO I

LAS RAZONES DE SER DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

SECCIÓN I. Nacimiento de la jurisdicción administrativa

131. — A. *Elementos de formación* 148
132. — B. *El aspecto negativo* 149
133. — C. *El aspecto positivo* 149

SECCIÓN II. Evolución de la jurisdicción administrativa

134. — A. *Desarrollo* 150
135. — B. *Nuevas razones* 152

CAPITULO II

LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: PROCEDIMIENTO DE DELIMITACIÓN

LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y SU DECISIÓN

136. — Visión general 154

§ 1. El tribunal de conflictos

137. — A. *Composición*
138. — B. *Funcionamiento*

§ 2. Las diversas materias esenciales de competencia del tribunal de conflictos

139. — Visión de conjunto 157
140. — A. *El conflicto positivo*
1º Definición 157
141. — 2º Planteamiento o elevación del conflicto 158
142. — 3º Fallo del conflicto 160
143. — B. *El conflicto negativo*
1º Definición 161
144. — 2º La solución del conflicto negativo 162
145. — C. *Las serias dificultades respecto de la competencia en las jurisdicciones supremas* 163
146. — D. *El conflicto de decisiones sobre el fondo*
1º Situación de la cuestión 164
147. — 2º Los elementos del conflicto de decisión 165
148. — 3º La solución del conflicto 167

CAPITULO III

LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: REGLAS DE DELIMITACIÓN

149 — Situación de la cuestión 168

SECCIÓN I. La competencia del juez administrativo no excede el campo de la acción administrativa

150. — Los litigios entre particulares 169
151. — Litigios relativos a autoridades extranjeras 170

§ 1. Límites de la competencia administrativa respecto del poder legislativo

152. — El principio y las excepciones 170

§ 2. Límites de la competencia administrativa respecto a la autoridad judicial

153. — A. *Organización de los servicios judiciales* 172
154. — B. *Funcionamiento de los servicios judiciales* 173

§ 3. La cuestión de los actos de gobierno

155. — A. *Planteamiento del problema* 174
156. — B. *La lista de los actos de gobierno* 175
157. — C. *La interpretación de estas soluciones* 177

SECCIÓN II. La competencia del juez administrativo en el campo de acción de la autoridad administrativa

§ 1. El criterio principal: su evolución

158. — A. *El siglo XIX* 179
159. — B. *El criterio del servicio público* 180
160. — C. *La crisis del criterio del servicio público* 182
161. — 1º El desarrollo de la gestión privada 182
162. — 2º Incertidumbre sobre la definición del servicio público 183
163. — 3º Las vacilaciones de la jurisprudencia 184

§ 2. El criterio principal: las reglas en vigor

164. — A. *La directriz general: la competencia sigue al fondo* 186
165. — B. *Litigios relativos a los actos jurídicos de la administración* 187
166. — 1º El contencioso de las decisiones ejecutorias .. 188
167. — 2º El contencioso de los contratos ... 189
168. — C. *Litigios relativos a las actividades materiales de la administración* 189
169. — D. *Litigios ocasionados por cosas utilizadas por la administración* 190

§ 3. Reglas de delimitación ajenas al criterio principal: la teoría de las materias reservadas a la competencia judicial

170. — Orígenes 190

171. — A. *Competencia judicial derivada de textos* 191
172. — B. *Competencia judicial en caso de vía de hecho*
1º La noción de vía de hecho 192
173. — 2º Los elementos de la vía de hecho 192
174. — 3º La sanción de la vía de hecho 194
175. — C. *Competencia judicial en caso de ocupación irregular* .. 195
176. — D. *Vía de hecho y ocupación irregular* 196

§ 4. Reglas de competencia que resultan de textos particulares

177. — Visión de conjunto 197
178. — A. *Excepciones en provecho de la competencia judicial* .. 197
179. — B. *Excepciones en provecho de la competencia administrativa* 198

Sección III. Las reglas de competencia en materia de cuestiones accesorias

180. — A. *El problema* 198
181. — B. *Principios de solución* 199
182. — C. *Reglas aplicables en las jurisdicciones no represivas* ... 199
183. — D. *Reglas aplicables en las jurisdicciones represivas* 200

CAPITULO IV

La organización de la jurisdicción administrativa

Sección I. Principios generales

§ 1. Caracteres comunes

184. — Rasgos fundamentales 202
185. — A. *Separación de los jueces administrativos y de los administradores activos* 203
186. — B. *Competencia consultiva de las jurisdicciones administrativas* 204
187. — C. *Criterios de distinción de las jurisdicciones administrativas* 204

§ 2. Estructura de conjunto

188. — A. *La jerarquía normal* 205
189. — B. *Las jurisdicciones de atribución* 206
190. — C. *Comparación con la organización judicial* 207
191. — D. *El contencioso administrativo de ultramar* 208

SECCIÓN II. El Consejo de Estado

192. — Historia 20H

§ 1. La composición del Consejo de Estado

193. — A. *La jerarquía* 209
194. — B. *La carrera* 210
195. — 1º Reclutamiento y ascenso 211
196. — 2º Garantías de la carrera 212

§ 2. La organización del Consejo de Estado

197. — A. *Las secciones administrativas* 213
198. — B. *La sección contenciosa* 213
199. — C. *La repartición del personal entre las secciones administrativas y la sección contenciosa* 215

§ 3. Las atribuciones del Consejo de Estado

200. — A. *Atribuciones consultivas* 215
201. — B. *Atribuciones contenciosas* 217

SECCIÓN III. Los tribunales administrativos

202. — A. *Historia* 222
203. — B. *Caracteres generales* 223
204. — C. *Personal* 223
205. — D. *Competencia*

CAPITULO V

LOS RECURSOS CONTENCIOSOS

SECCIÓN I. Caracteres generales de los recursos contenciosos

206. — A. *La distinción entre los dos tipos de recurso* 227
207. — B. *Las relaciones entre recursos administrativos y recursos contenciosos* 229

SECCIÓN II. Los diversos tipos de recursos contenciosos

208. — Noción general 230
209. — La clasificación tradicional 230
210. — Importancia relativa de los diversos contenciosos 231
211. — La distinción de los recursos de anulación y de los recursos de plena jurisdicción 232

212 — La tendencia al acercamiento de los dos recursos 234
213. — Contencioso objetivo y contencioso subjetivo 234

CAPITULO VI

El procedimiento ante las jurisdicciones administrativas

214. — Autonomía y fuentes 235
215 Procedimiento ante las jurisdicciones administrativas y procedimiento administrativo 236

Sección I. Caracteres generales

216. — Enumeración 236

Sección II. Las grandes fases de la instancia

§ 1. La regla de la decisión previa

217. — A. *Definición* 237
218. — B. *Campo de aplicación* 238
219. — C. *Modalidades de aplicación* 238
220. — D. *Significación de la regla* 239

§ 2. El inicio de la instancia

221. — A. *Condiciones de formas y de plazo* 240
222. — B. *Representación* 241

§ 3. Medidas previas a la instrucción

223. — A. *El diferimiento de la ejecución* 241
224. — B. *Las medidas de urgencia* 244

§ 4. La instrucción del caso

225. — A. *Esquema general* 245
226. — B. *Las pruebas* 245
227. — C. *La audiencia* 246

§ 5. La Sentencia (La jugement)

228. — A. *Forma de la sentencia* 247
229. — B. *Contenido de la sentencia* 247
230. — C. *Autoridad de la sentencia* 248
231. — D. *Ejecución de la sentencia por la administración* 249

SECCIÓN III. Los recursos (vois de recours) contra las decisiones de las jurisdicciones administrativas

232. — A. *La apelación* 252
233. — B. *El recurso de casación* 253
234. — C. *Los recursos de retracto* 255

CAPITULO VII

EL RECURSO POR EXCESO DE PODER

235. — El recurso por exceso de poder, sanción del principio de legalidad 257
236. — Plan 258

SECCIÓN I. Desarrollo y caracteres

237. — A. *Origen y desarrollo del recurso* 259
238. — B. *Caracteres del recurso* 260

SECCIÓN II. Las condiciones de admisibilidad del recurso por exceso de poder

§ 1. La naturaleza del acto

239. — A. *El acto debe ser un acto administrativo* 262
240. — 1º Los actos de las personas privadas 262
241. — 2º Los actos de las autoridades públicas no administrativas 263
242. — 3º Los actos de las autoridades extranjeras 264
243. — B. *El acto atacado debe ser una decisión* 264
244. — C. *Excepciones* 265

§ 2. La persona recurrente

245. — Principios 266
246. — La noción de interés 266
247. — Naturaleza del interés requerido 267
248. — Los recursos de las personas morales 268

§ 3. Procedimiento, formas y plazos

§ 4. Ausencia de recurso paralelo

250. — A. *Noción* 269
251. — B. *Alcance* 270

SECCIÓN III. Los casos de anulación

§ 1. Generalidades

252. — La clasificación tradicional 271
253. — Valor de la clasificación tradicional 272
254. — Reglas cuyo desconocimiento es susceptible de ser invocado en apoyo al recurso 273

§ 2. La incompetencia

255. — A. *Definición* 274
256. — B. *Formas* 274

§ 3. El vicio de forma

257. — A. *Definición* 276
258. — B. *Aplicaciones* 277

§ 4. La desviación de poder

259. — A. *Definición* 277
260. — B. *Aplicaciones* 278
261. — C. *Dificultades de apreciación* 279

§ 5. La violación de la ley

262. — A. *Definición* 280
263. — B. *Modalidades: el error de derecho* 280
264. — C. *El control de los motivos de hecho*
1º Planteamiento de la cuestión 281
265. — 2º Aplicaciones 282
265bis. — 3º Control normal y control mínimo 284
265ter. — 4º Pluralidad de motivos 285

SECCIÓN IV. La decisión del recurso (Le jugement du recours)

§ 1. Las particularidades del procedimiento

266. — Visión de conjunto ... 286

§ 2. Contenido y efectos de la sentencia

267. — A. *La sentencia de inadmisibilidad* 287
268. — B. *El fondo de la sentencia* 288

§ 3. Los recursos contra la sentencia (Les vois de recours)

269. — A. *La apelación* 290
270 — B. *La oposición de terceros* 290

TITULO V

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

271. — Visión general 291

CAPITULO I

Los principios generales y su evolución

Sección I. El principio de una responsabilidad administrativa

272. — La solución inicial 292
273. — La admisión de la responsabilidad del Estado 292
274. — Justificación de la solución 293

Sección II. El titular de la responsabilidad

275. — A. *Planteamiento del problema* 294
276. — B. *Evolución de las soluciones* 294
277. — C. *La solución actual* 295

Sección III. El régimen de la responsabilidad

278. — A. *¿Derecho común o régimen especial?* 295
279. — B. *La ordenación del régimen especial* 297

CAPITULO II

Las condiciones de la responsabilidad de las personas públicas

Sección I. El daño

280. — Caracteres generales 298
281. El problema del daño moral 299

Sección II. La imputabilidad

282. — A. *El daño debe vincularse al hecho de una persona pública* 301
283. — B. *Determinación de la persona pública responsable* 302

Sección III. El hecho dañoso

284. — Principios generales 303

§ 1. La falta de servicio

285. — A. *Definición* 303
286. — B. *Carácter concreto de la falta de servicio* 304
287 — C. *Aplicaciones* 305
288. — D. *La prueba de la falta* 307

§ 2. La responsabilidad sin falta

289. — A. *La responsabilidad por riesgo* 308
290. — B. *La responsabilidad sin falta, fuera del riesgo* 309
291. — C. *Futuro de la responsabilidad sin falta* 311

CAPITULO III

La reparación del daño

292. — A. *Forma de la reparación* 313
293. — B. *Modalidades de la indemnización* 313
294. — C. *Fecha de evaluación del perjuicio* 314
295. — D. *El cálculo de la indemnización* 314

CAPITULO IV

La responsabilidad de los agentes por falta personal y sus relaciones con la responsabilidad de las personas públicas

§ 1. La noción de falta personal

296. — A. *Definición* 316
297. — B. *Consecuencias jurídicas* 317

§ 2. Las relaciones entre la responsabilidad personal de los agentes y la de las personas públicas

298. — A. *El punto de partida* 318
299. — B. *La acumulación de las faltas* 318
300. — C. *La acumulación de responsabilidades* 319
301. — D. *El resultado de la evolución* 319
302. — E. *Las consecuencias prácticas de la acumulación* 319
303. — F. *El problema de las acciones de reintegro* 320

CAPITULO V

Campo de aplicación del régimen de derecho común a la responsabilidad administrativa

304. — Planteamiento del problema 323

SECCIÓN I. La responsabilidad del Estado fuera de la actividad del Poder Ejecutivo

§ 1. Responsabilidad en razón de la acción del Poder Legislativo

305. — A. *Actividades de los servicios del Parlamento* 323
306. — B. *La responsabilidad por el hecho de las leyes* 324

§ 2. Responsabilidad por el hecho de la actividad jurisdiccional

307. — Evolución y soluciones actuales 326

SECCIÓN II. Los límites a la aplicación del derecho común de la responsabilidad administrativa en el campo del Ejecutivo

308. — A. *Las supervivencias de la irresponsabilidad* 329
309. — B. *La responsabilidad del poder público en las condiciones del derecho privado* 330
310. — C. *Los regímenes especiales de responsabilidad* 330
311. — El régimen de la responsabilidad por daños causados por revueltas 332
312. — El régimen de responsabilidad en razón de los daños causados por alumnos de educación pública por el hecho de la falta de vigilancia de un maestro 333
313. — D. *La responsabilidad en razón de los daños causados por las obras públicas* 334

SEGUNDA PARTE

LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

314. — Visión de conjunto 335

TITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

CAPITULO I

CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

SECCIÓN I. Caracteres generales de la centralización y de la descentralización

§ 1. La centralización

315. — A. *La centralización aplicada a las colectividades* 338
316. — B. *La centralización, sistema de organización de la administración del Estado* 339
317. — C. *La desconcentración, modalidad de la centralización* 339

§ 2. La descentralización

318. — A. *La descentralización aplicada a las colectividades locales.*
1º Elementos 340
319. — 2º Definición 340
320. — 3º Modalidades 341
321. — 4º Límites 341
322. — B. *La descentralización aplicada a la administración del Estado* 342

§ 3. El control administrativo en régimen de centralización y en régimen descentralizado

323. — Control y tutela 343
324. — A. *El control jerárquico* 343
325. — B. *El control de tutela*
1º Caracteres generales 344
326. — 2º La autoridad de tutela 345
327. — 3º Los procedimientos de la tutela 345
328. — 4º Los recursos en materia de tutela 347

SECCIÓN II. Significado de la centralización y de la descentralización

329. — Elementos del problema 348

SECCIÓN III. Centralización y descentralización en la evolución del régimen administrativo francés

§ 1. La tradición centralizadora de la administración francesa

330. — Fuerza de los factores de centralización de Francia 350

§ 2. Los regímenes políticos sucesivos y la descentralización

331. — A. *La revolución* 351
332. — B. *El régimen administrativo del año VIII* 351
333. — C. *El movimiento descentralizador* 351
334 — D. *Regreso a la centralización* 352

§ 3. La situación actual

335. — A. *Las afirmaciones descentralizadoras* 353
336. — B. *Fuerza de la centralización* 353
336bis. — C *Nuevas tendencias* 353

CAPITULO II

Los ámbitos territoriales de la organización administrativa

337. — Colectividades y circunscripciones 356

§ 1. Las subdivisiones tradicionales

338. — Orígenes 357
339. — El departamento 358
340. — Las circunscripciones subordinadas al departamento 358
341. — La Comuna, colectividad y circunscripción 359

§ 2. La región

342. — A. *La crítica al departamento* 360
343. — B. *La evolución hacia la región:*
1º Las circunscripciones regionales especializadas 360
344. — 2º La primera experiencia regional (1941-1946) 361
345. — 3º Los proyectos de reforma 361
346. — 4º Valor de estos proyectos 362
347. — C. *De la circunscripción de acción regional a la región* 363

TITULO II

LA ADMINISTRACION DEL ESTADO

348. — Visión de conjunto

CAPITULO I

Los órganos centrales de la administración del Estado

Sección I. Los órganos supremos de la administración del Estado

349. — A. *Las competencias respectivas del Presidente de la República y del Primer Ministro* 367
350. — B. *Los servicios adscritos al Primer Ministro* 369

Sección II. La organización central de los ministerios

351 — Visión de conjunto 369

§ 1. El ministro

352. — A. *Régimen* 371
353. — B. *Atribuciones* 371
354. — C. *La forma de las decisiones de los ministros* 373

§ 2. La administración central

355. — A. *El Gabinete o Despacho* 374
356. — B. *La administración central propiamente dicha* 374
357. — C. *Los organismos consultivos* 375
358. — D. *Los cuerpos de inspección y de control* 377

Sección III. El Mediador (Le Médiateur)

359. — La antigua institución sueca del Ombudsman 378

CAPITULO II

Los órganos locales de la administración del Estado

Sección I. Los servicios exteriores de los ministerios

360. — Organización general 382

Sección II. El prefecto

361. — Orígenes y evolución 383

§ 1. El estatuto de los prefectos

362. — Elementos del problema 384
363. — A. *El cuerpo prefectoral* 384
364. — B. *La carrera prefectoral* 385

§ 2. Atribuciones de los prefectos

365. — Visión de conjunto 386
366. — A. *El prefecto, representante del Estado en el departamento* 387
367. — B. *El prefecto, representante del gobierno* 387
368. — C. *El prefecto, órgano de la administración general* 387
369. — D *El prefecto, órgano de coordinación de los servicios del Estado* 389
370. — E. *Los actos del prefecto* 389

§ 3. Los colaboradores del prefecto

371. — Visión de conjunto 390

§ 4. El prefecto de región

372. — A. *Rol y medios de acción del prefecto de región* 392
373. — B. *Los órganos colocados cerca del prefecto de región* 393

TITULO III
LAS COLECTIVIDADES DESCENTRALIZADAS

CAPITULO I

La organización administrativa de la comuna

Sección I. Generalidades

§ 1. La colectividad comunal

374. — A. *La realidad comunal* 396
375. — B. *Caracteres jurídicos de la comuna* 397

§ 2. Evolución del régimen de las comunas

376. — A. *Hasta el año VIII* 398
377. — B. *La centralización del año VIII* 399
378. — C. *Las etapas de la descentralización* 399
379. — D. *La renovación de los problemas de la comuna* 400
380. — E. *El régimen actual* 400

Sección II. El Concejo Municipal

§ 1. Composición

381. — A. *La elegibilidad* 401
382. — B. *La operación electoral* 402
383. C. *La renovación de los concejos* 403

§ 2. Funcionamiento

384. — A. *Organización interna* 404
385. — B. *Régimen de las reuniones* 404
386. — C. *Las deliberaciones* 405

§ 3. Atribuciones

387. — A. *Campo de acción del Concejo Municipal:*
1º La noción de asuntos de la comuna 405

388. — 2º Limitaciones legales a la competencia del concejo 406
389. — Las iniciativas de las comunas en el orden económico 407
390. — B. *Las modalidades de la acción de la comuna* 408
391. — C. *Los medios de acción de la comuna*
1º El presupuesto comunal. 1º) Reglas generales 409
392. — 2º Los bienes e intereses de la comuna 412

§ 4. La tutela sobre el Concejo Municipal

393. — A. *Tutela sobre las personas* 412
394. — B. *Tutela sobre los actos* 413

SECCIÓN III. El alcalde

395. — Alcalde y adjuntos 415

§ 1. Estatuto

396. — A. *Designación* 415
397. — B. *Duración del mandato* 416
398. — C. *Remuneración* 417

§ 2. Atribuciones

399. — A. *El alcalde, agente del Estado* 417
400. — B. *El alcalde, agente de la comuna* 417
400bis. — C. *Las responsabilidades derivadas de la actividad del alcalde* 418

§ 3. Controles ejercidos sobre el alcalde

401 . — Estos son dos tipos 419

SECCIÓN IV. Derogaciones al régimen municipal de derecho común

402. — Visión de conjunto 420
402bis. — A. *La fusión* 423
403. — B. *El sindicato de comunas* 424
404. — C. *El distrito* 426
405. — D. *La comunidad urbana* 427
405bis. — La reagrupación sistemática: la ley del 16 de julio de 1971 429

CAPITULO II

La colectividad departamental

Sección I. El consejo general

§ 1. Composición

406. — A. *Elección* 432
407. — B. *Renovación* 432

§ 2. Funcionamiento

408. — A. *Organización interna* 432
409. — B. *Régimen de las reuniones* 433
410. — C. *Las decisiones* 433

§ 3. Atribuciones

411. — A. *Las intervenciones del departamento* 434
412. — B. *Bienes e intereses del departamento* 434
413. — C. *Atribuciones diversas* 434
414. — D. *El presupuesto departamental* 434

§ 4. La tutela sobre el consejo general

415. — A. *Sobre las personas* 435
416. — B. *Sobre los actos* 435

Sección II. El ejecutivo departamental

417. — A. *El problema* 436
418. — B. *El prefecto, órgano ejecutivo del departamento* 437

Sección III. La comisión departamental

419. — A. *Razones de ser* 437
420. — B. *Composición* 437
421. — C. *Funcionamiento* 438
422. — D. *Atribuciones* 438
423. — E. *Controles ejercidos sobre la comisión* 438

Sección IV. Los organismos interdepartamentales

424. — Las soluciones tradicionales 439

CAPITULO III

La región

425. — A. *Los órganos regionales* 440
426. — B. *Las competencias regionales* 442

CAPITULO IV

París y la aglomeración parisina

427. — A. *Evolución*
428. — B. *Las colectividades de la región parisina* 447
429. — C. *El régimen de París* 448
430. — D. *La administración regional* 450

TERCERA PARTE

LAS FORMAS DE LA ACCION ADMINISTRATIVA

431. — Visión de conjunto 453
432. — Evolución 453

TITULO I

LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS

CAPITULO I

La policía administrativa

433. — Definición 458

§ 1. Los objetivos de la policía administrativa

434. — A. *Carácter preventivo de la policía administrativa* 459
435. — B. *El orden público* 460

§ 2. Los procedimientos de policía

436. — A. *Policía general y policías especiales* 461
437. — B. *Los procedimientos de la policía general* 462

§ 3. La ordenación del poder de policía

438. — A. *Principios* 462
439. — B. *Las diversas autoridades de policía* 463
440. — C. *La concurrencia de competencias de policía* 465

§ 4. Los limites del poder de policía

441. — A. *Principio de legalidad y poder de policía* 466
442. — B. *Las formas del control jurisdiccional de la policía* 468
443. — C. *Extensiones excepcionales del poder de policía* 469

CAPITULO II

El servicio público: teoría general

444. — Lugar del servicio público en la acción administrativa 471

Sección I. Definición

§ 1. Las diversas acepciones recibidas

445. — A. *Definición orgánica y definición material* 471
446. — B. *El servicio público, régimen jurídico* 472
447. — C. *Las relaciones entre estas tres definiciones* 472
448. — D. *Consecuencias de esta disociación* 473
449. — E. *Los elementos comunes* 473

§ 2. El servicio público y el interés general

450. — A. *El principio* 474
451. — B. *Consecuencias* 474
452. — C. *La apreciación del interés general* 475
453. — D. *Los grados en las exigencias del interés general* 475

§ 3. El servicio público depende de una persona pública

454. — El principio 476
455. — Aplicaciones:
1º La creación del servicio 476
456. — 2º La gestión del servicio 477

Sección II. El régimen jurídico de los servicios públicos

457. — Unidad y diversidad 477

§ 1. La concepción clásica: el servicio público definido por la gestión pública

458. — A. *El "régimen jurídico especial"* 478
459. — B. *Evolución* 478
460. — C. *Régimen jurídico de los servicios públicos "propiamente dichos"* 478

461. — D. *Régimen jurídico de los servicios públicos industriales y comerciales* 479
462. — E. *Evolución* 480

§ 2. Los principios fundamentales del servicio público

463. — A. *La continuidad del servicio público* 481
464. — B. *La posibilidad de modificar el régimen del servicio* ... 482
465. — C. *La igualdad de todos ante el servicio* 483

SECCIÓN III. Los diversos tipos de servicios públicos

466. — Las clasificaciones posibles 483

CAPITULO III

LA AYUDA DE LA ADMINISTRACIÓN A LAS ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS GENERAL

467. — A. *Razones de ser* 486
468. — B. *Modalidades* 486
469. — C. *Contrapartidas* 489

TITULO II

LOS ORGANOS DE GESTION DE LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACION

470. — Visión de conjunto 491

CAPITULO I

LA GESTIÓN DIRECTA (LES SERVICES EN "REGIE")

471 — Características comunes 493
472. — Categorías principales 494

CAPITULO II

LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

§ 1. Caracteres generales

473. — Definición 495
474. — Campo de aplicación y evolución 498
475. — Problemas fundamentales 500

§ 2. El acto de concesión

476. — A. *Formas* 500
477. — B. *Naturaleza jurídica* 500

§ 3. Las obligaciones del concesionario

478. — A. *Contenido* 501
479. — B. *Sanciones* 502

§ 4. Los derechos del concesionario

480. — A. *Derechos correspondientes a la gestión del servicio* 503
481. — B. *Derechos pecuniarios* 503

§ 5. El contencioso de la concesión

482. — Reglas generales 505

§ 6. El fin de la concesión

483. — Las diversas hipótesis 506

CAPITULO III

ESTABLECIMIENTO PÚBLICO Y LA EMPRESA PÚBLICA

SECCIÓN I. Evolución

484. — A. *La concepción clásica del establecimiento público* 508
485. — B. *La desagregación de la concepción clásica* 509
486. — 1' La diferenciación del régimen 510
487. — 2' La desagregación de la definición 511
488. — 3' La aparición de nuevas categorías de personas públicas 513
489. — C. *Los resultados de la evolución* 513

SECCIÓN II. El establecimiento público clásico

§ 1. Caracteres generales

490. — A. *El establecimiento público es una persona moral* 516
491. — B. *Es una persona moral de derecho público* 516
492. — C. *Es una persona moral que asume la gestión de un servicio público* 518

§ 2. Régimen jurídico

493. — A. *Caracteres generales* 519
494. B. *Régimen administrativo* 519
495. - C. *Régimen patrimonial y financiero* 520

§ 3. Modalidades

496. — Establecimientos públicos administrativos, científicos y culturales, industriales y comerciales 521

Sección III. Las empresas públicas

§ 1. Orígenes

497. — Empresas públicas y empresas nacionalizadas 523
498. — La operación de nacionalización:
1º Definición 524
499. — 2º Modalidades 524
500. — 3º Aplicaciones 525

§ 2. Reglas generales

501. — A. *La sumisión de principio al derecho privado* 526
502. — B. *El carácter público de las empresas* 527
503. — C. *Las empresas públicas y la cualidad de comerciante* 529

§ 3. Modalidades

504. — A. *Empresas que aseguran o no la gestión de un servicio público* 530
505. — B. *Empresas resultantes o no de una nacionalización* 531
506. — C. *Clasificación según la calificación jurídica de la empresa* 531
507. — D. *Empresas públicas concesionarias* 532
507bis. — E. *Grupos públicos* 532
508. — Conclusión 533

CAPITULO IV

Las empresas de economía mixta

509. — A. *El procedimiento* 535
510. — B. *Los fines* 536
511. — C. *Aplicaciones* 536
512. — D. *Régimen jurídico* 537
513. — E. *Empresa de economía mixta y servicio público* 538
514. — F. *Economía mixta y empresa pública* 538

CAPITULO V

Las órdenes profesionales

515. — A. *Origen y razón de ser* 540
516. — B. *Caracteres generales* 541
517. — C. *Estructura* 541
518. — D. *Atribuciones* 541
519. — E. *Naturaleza y régimen jurídicos* 542

CONCLUSION GENERAL

520. — 545
521. — *El derecho administrativo cuestionado* 545
522. — *La proyección del derecho administrativo francés* 546
523. — *El valor del sistema* 547
524. — *Los progresos deseables* 548

IMPRESO EN ABRIL DE 1984
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA

Universidad Central de Venezuela

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Instituto de Derecho Público



P.V.P. Bs. 130